

Université de Montréal

Carl Schmitt et la critique de l'universalisme libéral

Par Gabriel Bibeau-Picard

Département de Science politique, Faculté des arts et des sciences

Mémoire présenté à la Faculté des arts et des sciences pour l'obtention du grade de maîtrise en
science politique, option idées politiques.

Ce mémoire a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Robert Sparling, président-rapporteur

Augustin Simard, directeur de recherche

Laurence Mcfalls, membre du jury

Août 2013

© Gabriel Bibeau-Picard, 2013

Résumé

Ce mémoire porte sur la pensée politique du juriste allemand Carl Schmitt, plus précisément sur sa critique de l'universalisme libéral. Sur la base d'une analyse de ses principaux textes, nous démontrons que la pertinence de cet auteur controversé réside dans le défi renouvelé que présente son antinormativisme pour la pensée politique contemporaine. Nous soutenons qu'il y a chez Schmitt un souci constant de rattacher le droit à l'ordre concret, qu'il soit institué ou reçu. Nous démontrons ensuite comment l'antinormativisme se prolonge en droit international dans la critique de l'universalisme, entendu comme l'ambition de penser le politique à partir de l'humanité comme sujet unique. D'une perspective décisionniste, l'universalisme masque des intérêts impérialistes qu'il convient de dénoncer ; d'une perspective institutionnaliste, l'universalisme néglige l'ordre spatial concret sur lequel repose le droit international. Nous affirmons que Schmitt démontre l'importance de préserver l'autonomie de la science juridique envers la morale et la technique.

Mots-clés :

Carl Schmitt ; Universalisme ; Décisionnisme ; Institutionnalisme ; Droit et politique ; Guerre juste ; Droit international ; Théorie de l'État ; Antinormativisme.

Abstract

This essay examines Carl Schmitt's political theory and more specifically his critique of liberal universalism. The aim is to show that the relevance of this controversial writer lies in the renewed challenge that his antinormativism represents to contemporary political theory. I maintain that there is in Schmitt's thinking a constant attempt to establish the modalities of a relationship between law and order, whether it be instituted order or given order. I further illustrate how schmittian antinormativism, in international law, gives rise to a critique of universalism, understood as the attempt to think the political from the perspective of humanity considered in its unity. From a decisionist perspective, universalism hides imperialistic interests that must be unveiled; from an institutionalist perspective, universalism neglects the concrete spatial order on which international law is grounded. It is thus argued that Schmitt demonstrates the significance of preserving the autonomy of jurisprudence towards moral and technic.

Keywords

Carl Schmitt ; Universalism ; Decisionism ; Institutionalism ; Law and politics ; Just war ;
International law ; Theory of the State ; Antinormativism.

Table des matières

| | |
|--|-----------|
| Introduction | 4 |
| 1 – La théorie du droit de Carl Schmitt : du décisionnisme à la pensée juridique de l'ordre concret. | 12 |
| Introduction | 12 |
| 1.1 - L'antinormativisme : la continuité dans l'oeuvre de Carl Schmitt..... | 13 |
| Le positivisme | 13 |
| Le normativisme | 15 |
| 1.2 - 1912-1933 – Le décisionnisme | 20 |
| Le décisionnisme comme théorie de la souveraineté..... | 23 |
| 1.3 - 1934-1983 : L'institutionnalisme ou la pensée juridique de l'ordre concret..... | 31 |
| L'institutionnalisme | 31 |
| L'ordre concret du nomos..... | 37 |
| Le rôle du juriste et le sens de l'antinormativisme de Schmitt..... | 41 |
| 2 – La théorie du droit international de Carl Schmitt : une critique de l'universalisme abstrait..... | 46 |
| Introduction : quelle place pour l'oeuvre internationaliste de Carl Schmitt ? | 46 |
| 2.1 - Universalisme | 48 |
| Le politique..... | 48 |
| Définition de l'universalisme..... | 51 |
| 2.2 - Décisionnisme et universalisme | 52 |
| La Société des Nations..... | 52 |
| L'impérialisme américain | 58 |
| 2.3 - Le nouvel ordre mondial..... | 61 |
| Le <i>nomos</i> de la Terre | 64 |
| Le <i>jus publicum europeum</i> | 66 |
| La théorie des grands espaces | 70 |
| Critique de la guerre discriminatoire | 72 |
| Remarques conclusives : l'actualité de Carl Schmitt..... | 81 |

Introduction

Le droit international actuel semble connaître une croissance fulgurante, ou à tout le moins entrer dans une nouvelle phase. Avec la création de la Cour pénale internationale par l'entrée en vigueur du Statut de Rome en 2002, et les tentatives de constitutionnalisation de l'Union européenne, organisation *sui generis* de droit international public depuis le traité de Lisbonne en 2007, il est plus que jamais nécessaire de s'interroger sur les fondements politiques et juridiques du nouvel ordre mondial. Pour ce faire, le recours à la pensée de Carl Schmitt est de plus en plus fréquent dans la littérature académique. Des juristes aux militants politiques, des schmittiens de gauche aux schmittiens de droite, nombreux sont ceux qui reprennent à leur compte « l'impensé¹ » de l'oeuvre du juriste allemand. Auteur suspect il y a quelques décennies, Schmitt s'est depuis imposé comme un classique de la pensée politique, si l'on entend par là la faculté qu'ont certains auteurs du passé de nous permettre de mieux comprendre le présent.

Ce mémoire de recherche s'articule autour de l'examen de la question suivante : quelle est la pertinence de Carl Schmitt aujourd'hui, notamment en regard des difficultés de conceptualisation du droit international actuel ? Nous verrons que Schmitt est un penseur du changement. Préoccupé au plus haut point par le maintien des vertus stabilisatrices d'un ordre concret, il s'inscrit en faux contre le déclin de la forme traditionnelle de l'État-nation, dont il perçoit néanmoins le caractère inéluctable. Dans son *Nomos de la Terre*, il atteste avec nostalgie de la chute du *jus publicum europeum* et de l'équilibre créé par cette partition concrète du territoire européen. Son exposé historique s'accompagne d'une injonction aux nouvelles générations de juristes : plutôt que d'être le simple instrument du

¹ Expression reprise du penseur politique français Claude Lefort, qui réfère au renouvellement de l'oeuvre du passé par le travail de l'interprète.

« législateur motorisé² », la tâche du juriste doit être de cerner le nouveau *nomos*, le nouvel ordre concret duquel le droit tire sa légitimité et son effectivité³. Se trouvent ainsi entrelacées, d'une part, une thèse forte sur la nature du droit et du politique et, d'autre part, une conception critique de l'universalisme libéral, alimentée par un conservatisme philosophique avoué. Cet appel aux juristes est encore d'actualité, comme en témoigne la production croissante d'analyses consacrées à la pensée de Schmitt⁴. Il serait tentant de saisir cette occasion pour élaborer une théorie savante sur la nature de l'ordre juridique international actuel. Il semble néanmoins plus fécond d'employer Schmitt à une tâche plus modeste, mais non moins éclairante, qui consiste à identifier en quels termes le problème de l'ordre juridique international peut être posé.

Ce questionnement est dicté à la fois par sa pertinence académique et par l'expérience personnelle de l'auteur, qui a travaillé brièvement comme juriste dans l'équipe de défense de Thomas Lubanga à la Cour pénale internationale en 2010. Cette expérience a laissé l'auteur de ces lignes avec un doute qui a motivé sa réorientation vers la science politique. En effet, il m'est apparu que la justification théorique de l'existence de la CPI reposait fondamentalement sur une opposition entre droit et politique, dans laquelle le droit était présenté comme le domaine de la raison et la politique, celui de l'intérêt national. Sur la base de cette opposition, le politique, désigné comme la cause des maux du 20^e siècle, est

² Carl Schmitt. « La situation de la science européenne du droit ». *Droits* 14, (Paris : Presses Universitaires de France, 1991) p. 126.

³ « À de telles époques, la vraie tâche de la science juridique consiste à bien saisir dans leur réalité le déclin d'un *nomos* et l'ascension d'un autre, et à soulever un peu le voile des dérivations. » Carl Schmitt. *Le nomos de la Terre*. (Paris : Presses Universitaires de France, 2001). La similitude entre cette citation et le passage suivant du *Glossarium* est révélatrice : « Destin du juriste et de l'État de juriste sur le continent : depuis la Révolution française (1789-1848) le droit se scinde en légalité et légitimité ; il prend fin lorsque le juriste se noie dans la simple légalité. ». Cité et traduit dans Jean-François Kervégan. *Que faire de Carl Schmitt*. (Paris : Gallimard, 2011), p. 110.

⁴ Voir à titre indicatif la bibliographie en annexe.

évacué au profit d'une gouvernance managériale s'inscrivant dans un ordre juridique universel, rationnel et dépolitisé. L'Union européenne n'est pas étrangère à ces développements, puisqu'elle est fondée sur des principes juridiques rationnels plutôt que sur l'idée d'une nation, d'où sa difficulté à exclure les peuples des régions périphériques d'un projet juridique à vocation universelle. Pourtant, plusieurs États refusent d'adhérer à la CPI (ou d'exécuter ses mandats d'arrêt) et l'Union européenne est accusée d'enregistrer un déficit démocratique constant qui alimente le scepticisme à son égard, ce qui contredit le caractère prétendument apolitique de ces projets. Au fil de mes lectures, il m'est apparu que Carl Schmitt avait non seulement anticipé ces problèmes, mais qu'il les avait situés dans une évolution plus générale du rapport entre droit et politique.

De manière préliminaire, il est nécessaire d'aborder deux enjeux divisant les auteurs qui se réapproprient Schmitt à travers l'interprétation de ses textes. La première question est celle du principe de cohérence de sa pensée : alors que certains commentateurs y décèlent un principe d'ordre théologique, d'autres y voient plutôt un principe juridico-politique, sans toutefois nier l'existence de motifs religieux dans la pensée du juriste allemand. Cette seconde approche est plus féconde ; comme le souligne à bon droit Jean-François Kervégan⁵, Schmitt s'applique à lui-même la maxime d'Alberico Gentili sur laquelle il revient si souvent et qui symbolise l'émancipation de la science juridique envers la théologie : *Silete theologi in munere alieno !* Schmitt s'est toujours défendu d'être autre chose qu'un juriste⁶, et son lectorat cible est d'abord les juristes qui s'interrogent sur la situation de leur science. C'est dans cette perspective qu'il convient de le lire.

⁵ Jean-François Kervégan, « Carl Schmitt et 'l'unité du monde' », *Les Études philosophiques* 1, (Paris : Presses Universitaires de France, 2004), p. 3-4.

⁶ « Un giurista davanti a se stesso », *Quaderni Costituzionali* 3.1 1983, p. 34.

Le second enjeu qui divise les lecteurs de Schmitt est celui de la continuité de sa pensée juridique. Schmitt a affirmé dès 1933⁷ qu'il s'était détourné de la doctrine du décisionnisme pour adopter une pensée institutionnaliste, dont il donne une première articulation claire l'année suivante dans *Les trois types de pensée juridique*⁸. Dans la littérature sur le juriste allemand, cette thèse de l'auteur sur sa propre pensée est controversée, malgré le fait qu'il l'ait réitérée à plusieurs reprises par la suite⁹. Plusieurs commentateurs de Schmitt donnent foi à l'affirmation du juriste allemand : Leo Strauss, dans une lettre à Jacob Klein du 10 octobre 1934, constate que Schmitt a désormais rejeté le décisionnisme de Hobbes et adopté une « pensée de l'ordre concret » sur la base des arguments de son *Commentaire de La notion de politique*, que bien entendu, dit-il, Schmitt ne cite pas¹⁰. Dans son pénétrant commentaire, dont Schmitt lui-même aurait reconnu l'extrême lucidité, Strauss observe que ce n'est pas la querelle contre le libéralisme en tant que doctrine de la négation de la décision politique qui importe fondamentalement pour Schmitt, mais plutôt « l'ordre des choses humaines¹¹ ». D'autres lecteurs, dont notamment Jean-François Kervégan¹², Jan-Werner Müller¹³ et Gopal Balakrishnan¹⁴, considèrent également que Schmitt désavoue le décisionnisme après 1933. Agostino Carrino suggère même que le désir de rompre avec sa période décisionniste était tel que le juriste allemand se

⁷ « Aujourd'hui, je ne distinguerais plus deux, mais trois types de pensée dans la science juridique : outre le modèle normativiste et le modèle décisionniste, il y aurait le type institutionnel. » Carl Schmitt, *Théologie politique*, p. 12, dans l'avant-propos de 1933 à la seconde édition allemande de l'ouvrage.

⁸ Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique* (Paris : Presses Universitaires de France, 1995).

⁹ Notamment en 1983 lors de l'entretien accordé à *Quaderni Costituzionali*, supra note 6.

¹⁰ Heinrich Meier, *Carl Schmitt & Leo Strauss. The Hidden Dialogue* (Chicago : University of Chicago Press, 1995), p. 130.

¹¹ Cité par Strauss, *Notes on the Concept of the Political*, p. 121.

¹² Jean-François Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt*, p. 126-127 ; « Carl Schmitt et 'l'unité du monde' ».

¹³ Jan-Werner Müller, *Carl Schmitt, un esprit dangereux* (Paris : Armand Colin, 2007), p. 61.

¹⁴ Gopal Balakrishnan, *L'ennemi. Un portrait intellectuel de Carl Schmitt* (Paris : Éditions Amsterdam, 2006).

serait livré à une forme d'autocensure en ne listant aucun de ses textes « de jeunesse » dans sa réédition allemande de *La notion de politique* en 1935¹⁵.

Pourtant, d'autres commentateurs de Schmitt dont Olivier Beaud¹⁶, David Dyzenhaus¹⁷ et William Scheuerman¹⁸ affirment, chacun à leur manière et avec une intensité qui varie, qu'il ne faut pas prendre Schmitt au mot et qu'il faut plutôt reconnaître la continuité de ses positions théoriques. Beaud souligne la continuité chez Schmitt d'une oscillation entre décisionnisme et institutionnalisme, depuis sa conception de la valeur de l'État dans l'œuvre ainsi nommée¹⁹, jusqu'à ses réflexions sur la forme juridique comme mode de représentation tel que l'incarne l'Église catholique. Dyzenhaus affirme pour sa part que jusqu'en 1938, Schmitt est incapable de faire de la pensée selon l'ordre concret le fondement de sa théorie de la légitimité, la décision souveraine sur le regroupement entre amis et ennemis demeurant la seule légitimité déterminante²⁰. Plus encore, comme le souligne von Krockow, le contenu irrationnel de l'ordre concret substantiel de l'esprit allemand ne peut être déterminé autrement que de manière décisionniste²¹.

Sur la base des textes de l'auteur et devant un schisme interprétatif aussi profond, nous croyons nécessaire et possible de maintenir une position intermédiaire et nuancée. Soutenir une parfaite continuité dans la théorie du droit de Schmitt ne permettrait pas de rendre compte des changements manifestes qui s'observent entre *La valeur de l'État et la*

¹⁵ Agostino Carrino, « Carl Schmitt and the European juridical Science », dans Chantal Mouffe, dir., *The Challenge of Carl Schmitt* (London : Verso, 1999), p. 186 et note 26, p. 192.

¹⁶ Olivier Beaud, *Le juriste engagé*, préface à Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution, Théorie de la constitution* (Paris : Presses Universitaires de France, 1993), p. 25.

¹⁷ David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy* (Oxford : Oxford University Press, 1997), p. 39 et 83.

¹⁸ William E. Scheuerman, *Carl Schmitt. The End of Law* (Oxford : Rowman & Littlefield Publishers, 1999).

¹⁹ Carl Schmitt, *La valeur de l'État et la signification de l'individu* (Genève : Librairie Droz, 2003).

²⁰ Dyzenhaus, supra note 17, p. 39 et 96.

²¹ Christian Graf von Krockow, *Die Entscheidung. Eine Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger*, cité par Ingeborg Maus, *The 1933 « Break » in Carl Schmitt's Theory*, in David Dyzenhaus éd., *Law as Politics*, (Durham : Duke University Press, 1998), p. 206.

signification de l'individu, Théologie politique, Les trois types de pensée juridique et Le nomos de la Terre. D'un autre côté, la thèse d'une rupture complète dans la pensée de Schmitt en 1933 néglige la permanence de certains thèmes et de certaines préoccupations dans la pensée du juriste allemand. Ainsi Jean-François Kervégan, tout en notant que Schmitt rejette le décisionnisme, insiste sur la continuité de son *antinormativisme*²². De manière encore plus éclairante, Norbert Campagna relève la continuité de la préoccupation du juriste allemand pour l'ordre concret, sans pour autant nier les modifications que subit sa théorie du droit²³. Se fondant sur son article « La situation de la science du droit européenne », il recommande de lire Schmitt comme un juriste soucieux de préserver la reconnaissance réciproque qu'implique un rapport juridique par delà les changements de régimes et de gouvernements. Cette approche nuancée, qui cherche à déceler le potentiel théorique des concepts schmittiens au-delà de l'utilisation qui a pu en être faite, est celle que nous retenons²⁴.

Dans les deux chapitres de ce mémoire, nous chercherons à démontrer que la pertinence de Schmitt réside dans le défi renouvelé que présente son antinormativisme pour la science juridique contemporaine. Sur le plan du droit international, cet antinormativisme se traduit par une opposition à la doctrine de l'universalisme, aujourd'hui largement dominante dans la littérature académique et chez les acteurs politiques. Le point de départ de cette entreprise analytique sera le décisionnisme schmittien et sa refonte, à partir de 1933, dans la pensée juridique de l'ordre concret. La première partie du mémoire sera consacrée à

²² Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt ?*, p. 126.

²³ Norbert Campagna, *Le droit, le politique et la guerre. Deux chapitres sur la doctrine de Carl Schmitt* (Québec : Les Presses de l'Université Laval, 2004), p. 12-15.

²⁴ C'est notamment l'usage prôné par Catherine Colliot-Thélène dans son article « Carl Schmitt à l'index ? », *Le Débat* 131, p. 128-137.

retracer les différentes articulations de l'opposition de Schmitt au normativisme. À ses yeux, le fondement du droit ne se limite pas au respect d'une structure purement formelle; l'ordre juridique est au contraire fondé sur une décision substantielle dont l'expression ultime est la capacité à distinguer entre l'ami et l'ennemi. Ce concept du politique accorde une importance prépondérante à la figure du souverain, dont le trait constitutif est sa capacité à décider de la situation d'exception. À la légalité formelle, Schmitt oppose la légitimité substantielle. S'il semble difficile d'adhérer à cette thèse jusqu'au bout, il n'en reste pas moins que la doctrine schmittienne constitue une position privilégiée pour comprendre à la fois les limites du droit et du politique. C'est sur la base de ces constatations que nous aborderons la question de l'universalisme en droit international.

Tout comme la théorie du droit de Schmitt s'est construite en opposition constante par rapport à la pensée normativiste, c'est contre la doctrine de l'universalisme que la pensée schmittienne du droit international s'est développée. Cela transparaît autant dans des écrits décisionnistes de l'entre-deux-guerres, tels que *La question clé de la Société des Nations*, que dans le *Nomos de la Terre*, publié en 1950. Il y aura donc lieu d'entamer la seconde partie de notre étude en précisant de quoi l'universalisme est le nom. Après un survol de la notion de politique dans la pensée de Carl Schmitt, nous examinerons la concrétisation de son opposition à l'universalisme à travers sa critique de la Société des Nations et de l'impérialisme américain. Il s'agira de faire ressortir la spécificité décisionniste de cette critique, sa pertinence ainsi que les limites qu'elle comporte. Nous aborderons ensuite la critique institutionnaliste de l'universalisme, à travers la théorie des grands espaces (*Großraum*) et l'opposition de Schmitt à la guerre discriminatoire.

Au terme cet exposé, il s'agira d'avoir une idée plus claire de la pensée politique de Carl Schmitt et de son utilité pour penser le rapport entre droit et politique aujourd'hui. Nous chercherons spécialement à mettre en valeur sa contribution à une réflexion sur les principes du nouvel ordre mondial.

1 – La théorie du droit de Carl Schmitt : du décisionnisme à la pensée juridique de l'ordre concret.

Introduction

Dans son essai de 1934, Carl Schmitt identifie trois types de pensée juridique : le normativisme, le décisionnisme, et l'institutionnalisme. Ces *types* de pensée juridique sont identifiés à l'aide d'une « méthode d'observation concrète²⁵ » qui se méfie de toute classification théorique *a priori*. Le droit n'est jamais désincarné, il s'inscrit toujours dans la réalité d'une situation, mais Schmitt n'est pas pour autant un simple sociologue ; la réalité juridique entretient un rapport avec l'idée du droit, dont il revient à une *sociologie des concepts* de rendre compte. Telle est la tâche à laquelle Schmitt s'astreint. L'essai de 1934 ne se veut pas une étude en histoire des idées où différentes constructions juridiques abstraites seraient opposées les unes aux autres ; il s'agit plutôt d'une classification des pensées juridiques qui s'incarnent à différents degrés, dans différents peuples, à différents moments.

Nous proposons de reprendre cette classification afin de présenter les modalités de la théorie juridique de Carl Schmitt. Comme nous l'avons évoqué précédemment, nous croyons que la plus importante continuité traversant l'oeuvre du juriste allemand est son antinormativisme. Au cours du présent chapitre, nous chercherons à répondre à la question suivante, aussi modeste que fondamentale : quels sont les motifs et les modalités de l'opposition de Schmitt au normativisme ? Cela exige dans un premier temps de comprendre cet ennemi intellectuel, personnifié par le juriste viennois Hans Kelsen, contre lequel Schmitt déploie toutes ses ressources d'inventivité conceptuelle et d'érudition historique.

²⁵ Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p. 69.

Nous présenterons donc brièvement cet adversaire qui le motive à écrire, soit le normativisme kelsénien et, dans une moindre mesure, le positivisme en général. Cette première étape nous permettra ensuite de comprendre le contexte théorique dans lequel se situe la doctrine schmittienne du décisionnisme, de manière à saisir le mobile d'une théorie du droit par ailleurs radicale. La dernière section du présent chapitre sera consacrée à la pensée juridique de l'ordre concret, que Schmitt adopte dès 1933. Il s'agit d'une pensée institutionnaliste, moins commentée que le décisionnisme auquel le nom de Schmitt est irrémédiablement associé, mais qui intègre cette dernière doctrine au sein d'une théorie du droit beaucoup plus englobante et qui s'inscrit dans la continuité de l'antinormativisme général de Schmitt.

1.1 - L'antinormativisme : la continuité dans l'oeuvre de Carl Schmitt

Le positivisme

Dès son premier ouvrage et jusqu'à la fin de sa carrière, Schmitt s'est inscrit en faux contre la forme dominante du positivisme juridique qui cherche à traiter le droit comme un système objectif clos et sans faille. Le positivisme repose sur l'ambition rationaliste de dégager la théorie juridique de l'emprise de l'éthique et du politique pour en faire une discipline fondée scientifiquement et s'intéressant à la réalité du droit tel qu'il est édicté par les instances compétentes. L'approche positiviste repose sur une distinction entre le fait et la norme, qui se prolonge dans une distinction entre la puissance et le droit. Par ce dualisme, le moment fondateur du droit est rejeté hors de la sphère de la science juridique, de manière à préserver le droit du fait politique d'où il tire son origine. L'ambition théorique de cette démarche est d'extraire les éléments sociologique et métaphysique du droit de manière à en

faire un instrument politiquement neutre, une force régulatrice objective. La volonté du législateur, posée en norme, est considérée autosuffisante. Le positiviste se retranche ainsi derrière un « agnosticisme méthodologique²⁶ » qui l'empêche de considérer la question de la légitimité du droit, car cela reviendrait à poser un jugement de valeur subjectif sur une norme juridique, ou encore à invoquer une sorte de droit naturel en soutien de la norme positive. Selon la formule consacrée de Georg Jellinek, le positivisme se limite à « affirmer la force normative du factuel²⁷ », ce qui revient à affirmer la légitimité intrinsèque de la légalité. Selon Schmitt, les positivistes se méprennent et tiennent les avantages d'une situation stable, créée par une décision souveraine, pour les avantages du règne de la norme positive, ce qui est à la fois inconséquent et dangereux. Le droit ne saurait remplir sa fonction régulatrice s'il ne reconnaît pas le point d'origine de la paix sociale, de la « normalité » sans laquelle il n'aurait aucune effectivité.

Il est essentiel pour Schmitt de noter que le positivisme s'est développé au 19^e siècle, à une époque où dominait une conception scientifique du monde. Le créateur est rejeté hors de la création, laquelle fonctionne maintenant d'elle-même en vertu de lois naturelles qui ne souffrent aucune exception²⁸. Schmitt affirme que sa sociologie des concepts permet de rendre compte d'une adéquation entre cette vision du monde et la philosophie du droit qui lui correspond, dans laquelle Schmitt déplore la perte de l'élément personnaliste et décisionniste de la souveraineté. Le positivisme se veut une science du droit calquée sur le modèle des sciences de la nature ; il procède par une méthode logique en vertu de laquelle chaque cas d'espèce peut être subsumé sous une norme générale, faisant du droit une

²⁶ Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt*, p. 103.

²⁷ Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p. 90. La formule idiosyncrasique du positivisme est de Georg Jellinek. *Allgemeine Staatslehre*, 3^e édition, cité par Schmitt.

²⁸ Carl Schmitt, *Political Theology* (Chicago : University of Chicago Press, 1985), p. 36.

construction juridique formelle de la réalité sociale²⁹, c'est-à-dire un système objectif, exhaustif, clos et sans faille.

Schmitt considère que cette pensée juridique n'est pas une forme autonome de la science du droit. Elle présente un objet juridique dont la source est la volonté du législateur, ce qui relève de la pensée décisionniste, tout en aspirant à une validité strictement normativiste, sans prendre acte de la profonde incohérence qui en résulte³⁰. C'est pourquoi le véritable ennemi intellectuel de Schmitt n'est pas ce positivisme intermédiaire et mou, mais plutôt sa forme radicale que Schmitt désigne par le terme normativisme.

Le normativisme

Le normativisme se présente comme une radicalisation de l'ambition positiviste d'épuration du droit. Hans Kelsen, ambassadeur incontesté du normativiste et interlocuteur principal de Schmitt, ne s'est d'ailleurs jamais approprié le terme « normativisme ». Sa théorie pure du droit n'en est pas moins une science de la norme, qu'il a développé et perfectionné depuis sa thèse d'habilitation de droit public en 1911 jusqu'à sa mort en 1973. Après une prolifique carrière académique à Vienne, où il participa notamment à la rédaction de la Constitution Autrichienne de 1920 dans laquelle il intégra le premier modèle civiliste de révision constitutionnelle, Kelsen s'installa à la Faculté de Droit de Cologne, que la *Loi sur le rétablissement de la fonction publique* du gouvernement nazi le contraignit à quitter alors qu'il venait d'y attirer Carl Schmitt. Après un séjour à Genève où il affina son intérêt pour les questions de droit international, il s'exila aux États-Unis, d'abord à l'Université Harvard, puis à celle de Berkeley où il intégra le département de science politique, signe de l'ambivalence de la communauté juridique anglo-saxonne devant sa théorie pure du droit.

²⁹ Beaud, *Le juriste engagé*, p. 67

³⁰ Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p. 86-88.

Le maître de Vienne cherche à établir les fondements théoriques du positivisme juridique en amont d'un positivisme simplement descriptif de l'ordre juridique. Il s'interroge sur les conditions de possibilité du droit, empruntant à la philosophie kantienne les catégories conceptuelles du *Sein* et du *Sollen*. Kelsen confère à la norme un statut ontologique distinct : il fonde sa théorie du droit sur l'autonomie complète des sphères de l'être (*Sein*), domaine des sciences naturelles descriptives fondées sur l'observation de relations causales, et du devoir-être (*Sollen*), objet d'étude de la science normative, qui n'est soumis à aucune causalité. Cette dualité est fondamentale, car elle implique que le fondement d'une norme est nécessairement être une autre norme³¹, c'est-à-dire une assertion d'un même statut ontologique. Un fait, en particulier un fait politique, ne saurait donner lieu à une norme.

Pour Kelsen, qui s'oppose sur ce point à Kant, la connaissance du *Sollen* est accessible à l'esprit humain : il est possible de constater l'existence d'une norme, exprimée sous la forme d'une imputation du genre *si A, alors B devrait être*, sans pour autant faire de cette affirmation une exigence éthique ou un idéal politique³². L'imputation se veut axiologiquement neutre, même si Kelsen reconnaît que le système juridique repose sur la reconnaissance de la valeur supérieure de la paix, cette reconnaissance étant implicite dans le concept même de droit. Dès lors, la science juridique pure a pour tâche de systématiser cette normativité et de l'organiser de manière hiérarchique. Ce faisant, elle construit un objet de droit « pur », qui se tient au-dessus ou à côté de la réalité empirique impure³³. Kelsen n'est pas en mesure d'expliquer davantage cette distinction ontologique entre être et devoir-

³¹ Kelsen, *Théorie générale du droit*, xvi en anglais. Cité par Mika Ojdankagas p. 49.

³² Mika Ojakangas, *A Philosophy of Concrete Life* (Berne : Peter Lang, 2006), p. 48.

³³ Carlos Miguel Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen* (Québec : Les Presses de l'Université Laval, 2004), p. 14.

être ; elle se présente à notre esprit de façon instinctive, immédiate. C'est précisément le propre du devoir-être de ne pas être démontrable à la manière des faits matériels.

L'ensemble des normes forme un système organisé de manière hiérarchique où chaque norme découle d'une norme d'habilitation qui la précède. Pour éviter la régression à l'infini, Kelsen postule l'existence d'une norme fondamentale (*Grundnorm*) qui remplit la fonction « logico-transcendantale » de clore le système juridique. Elle permet également d'éviter de fonder le droit sur un fait politique, comme la puissance, ou sur une croyance métaphysique, comme la vérité divine. La *Grundnorm* n'est pas une norme de droit positif, ce n'est pas la constitution en tant que loi politique suprême. Elle est formelle, et non substantielle ; elle est garante de la validité des normes, sans en préciser le contenu. Après l'avoir d'abord expliquée par le principe d'économie de pensée de Mach, c'est-à-dire par un pragmatisme épistémologique au service d'une exposition scientifique simple – mais indémontrable – de la réalité, Kelsen fait de la norme fondamentale une condition transcendantale de la connaissance juridique, un énoncé « métanormatif³⁴ ». Il s'agit d'une hypothèse *a priori*, mais sans laquelle il serait impossible de concevoir le *Sollen* comme un système clos de normes. Les différentes moutures que Kelsen a données de la *Grundnorm* dénotent la difficulté que représente sa définition conceptuelle. Ce qui demeure clair, c'est la fonction qu'elle remplit dans la théorie pure du droit.

Ce qui distingue le droit des autres régimes normatifs, comme l'éthique par exemple, c'est qu'il est constitué de normes présentant un caractère réellement obligatoire, contraignant. Une obligation de droit positif s'accompagne d'une sanction qui doit être exécutée. La norme juridique peut comporter différente fonction : elle peut commander,

³⁴ Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt ?*, p. 125.

habiliter, permettre des conduites humaines, ou abroger d'autres normes. Or ces fonctions ne sont que des modalités de l'exercice par l'État d'un pouvoir de contrainte. En plus d'être contraignant, l'ordre juridique est objectif. Pour le juriste autrichien, les individus n'ont de droits qu'à travers leur participation à l'ordre normatif objectif, en exerçant un recours juridique par exemple. L'essentiel est que l'existence des normes soit conditionnée par leur validité objective, elle-même indépendante de la volonté individuelle.

La validité est « l'existence normative³⁵ » de la norme (*Geltung*). Chaque norme est habilitée par une autre norme qui lui est supérieure, et cette habilitation est garante de sa validité. La norme fondamentale, trônant au sommet de cet ensemble organisé hiérarchiquement sous une forme pyramidale, permet de clore le système juridique sur le plan formel. « L'efficacité est une condition de validité, mais elle n'est pas la validité elle-même³⁶, » c'est-à-dire que la norme est valide avant d'être efficace, mais qu'elle doit être susceptible d'une application pour être réellement valide. Cette exigence relève du caractère spécifique du droit qui réside dans la contrainte : une norme juridique qui ne serait pas contraignante – effective – ne serait pas une norme juridique. Cette ambiguïté correspond à celle qui régit le rapport entre le droit et le pouvoir : comme le note Kelsen, « le droit ne peut pas exister sans le pouvoir, mais il n'est pas identique au pouvoir³⁷ ».

L'État est synonyme de l'ordre juridique centralisé, c'est-à-dire qu'il est composé des organes chargés de la production des normes et de leur application, le tout dans une dimension strictement normative. Il n'a aucune substance, ni aucune altérité par rapport au

³⁵ Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen*, p.37.

³⁶ Id.

³⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (Paris : Dalloz, 1962), p. 288-289, cité par Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen*, p. 38.

droit³⁸. Le juriste autrichien ne définit l'État que de manière juridique, et non sociologique ou historique, ce qui le distingue d'un positiviste comme Jellinek. Il souligne qu'un même objet de connaissance ne saurait être abordé par deux ordres ontologiques distincts : si l'existence de l'État est juridique, donc normative, elle ne saurait également être une réalité sociale soumise aux lois de la causalité. L'État n'a pas davantage un sens métaphysique : aucun idéal de droit naturel ne guide son activité et il ne vise la réalisation d'aucun ordre supérieur. Pour Kelsen, tout État est un État de droit, et la récupération politique de l'expression *État de droit* ne fait qu'ajouter à la confusion entourant la nature de l'État.

L'opposition fondamentale entre Kelsen et Schmitt s'articule autour de la notion de substance³⁹. Alors que Kelsen tente de repousser hors du droit tout élément factuel ou métaphysique, c'est-à-dire tout élément qui ne serait pas une norme de droit positif, Schmitt cherche à resubstantialiser le droit autour de la question de la légitimité. Kelsen ne s'intéresse pas aux valeurs subjectives comme la justice, car elles ne sont pas rationnelles et elles ne sauraient faire l'objet d'une connaissance scientifique. En développant une science juridique strictement formelle, Kelsen cherche à libérer le positivisme du volontarisme politique dont il dépend. Or, Carl Schmitt poursuit exactement le projet inverse : il affirme que le droit repose en dernière analyse sur une décision personnelle, dont il faut reconnaître le caractère fondateur.

³⁸ Ibid, p. 18.

³⁹ Emmanuel Pasquier, *De Genève à Nuremberg. Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international* (Paris : Classiques Garnier, 2012), p. 83.

1.2 - 1912-1933 – Le décisionnisme

Le principe du décisionnisme est assez simple : puisqu'il est impossible de passer du factuel au normatif, du domaine des faits au domaine des valeurs, toute position normative repose sur un choix, une décision en faveur de certaines valeurs. Cette décision est nécessairement personnelle, et elle n'est pas déductible de critères rationnels, qui impliqueraient un saut du normatif au factuel. Dès lors ce n'est pas la justesse des valeurs qui fonde le droit, mais plutôt la capacité du décideur à les imposer. Le décisionnisme est un volontarisme et un existentialisme : ce sont les décisions et les actions du souverain qui fondent le droit. Ces notions appellent quelques explications.

Dans son premier ouvrage qui préfigure déjà les fondements du décisionnisme, Schmitt affirme que chaque norme est composée à la fois d'un noyau d'éléments constitutifs, comme les éléments d'une infraction pénale, par exemple, et d'une part d'indétermination dans laquelle s'insère la *décision* judiciaire. Ce « moment d'indifférence au contenu⁴⁰ » est aussi caractéristique de la norme que ses éléments concrets, dans la mesure où c'est la décision qui permet à la norme d'avoir prise sur le réel, de se concrétiser. Alors que le positivisme présente le juge comme un logicien résolvant les litiges par subsomption, le juge incarne pour Schmitt une instance humaine investie d'un pouvoir décisionnel à travers laquelle la norme reçoit une application déterminée, ce qui introduit un élément personnel rompant avec la systématisme rationnelle du droit positif. Sans cette décision, le droit est indéterminé.

⁴⁰ Augustin Simard, *La loi désarmée. Carl Schmitt et la controverse légalité/légitimité sous la république de Weimar* (Québec : Les Presses de l'Université Laval, 2009), p. 80 ; Schmitt, *Political Theology*, p. 30. Il s'agit d'une expression employée par Schmitt quelques années plus tard, mais qui traduit la même idée.

La concrétisation de la norme par la décision judiciaire constitue une condition *sine qua non* de sa transposition en réglementation. Cette nécessité confère à la décision sa légitimité, tout en réintroduisant la question de la décision juste que le normativisme avait évacuée en l'assimilant à l'exactitude syllogistique. L'indétermination fondamentale de la norme juridique s'accompagne d'une absence de critère de justice extrinsèque. Comme l'écrit Schmitt, « on doit nier que l'on puisse obtenir le critère de la décision judiciaire exacte en partant d'un quelconque idéal substantiel de justice ou d'une adéquation au contenu du but poursuivi ⁴¹ ». La latitude dont bénéficie le juge est seulement limitée par l'obligation qui lui incombe de présenter des motifs au soutien de son jugement, ce qui force *de facto* un rattachement de la décision à la législation ou aux conventions, et par la modération inhérente à l'appartenance à une corporation professionnelle⁴². Autrement dit, une décision est juste lorsqu'un autre juge confronté au même litige aurait jugé de manière similaire.

L'importance accordée au moment de la décision distingue déjà Schmitt des positivistes et des naturalistes typiques : un moment souverain et irréductible d'interprétation sépare la norme de son effectuation en même temps qu'elle l'y assimile. Cette réflexion orientée en 1912 au domaine du droit privé s'étend au droit constitutionnel dans *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, où l'État est présenté comme une instance de médiation du droit auquel il demeure subordonné. Schmitt postule l'existence d'un droit supra-positif originaire dont l'État réalise la médiation à travers la législation positive. Seul l'État est en mesure de relier la sphère autonome du *Sollen* au droit positif, c'est-à-dire au monde réel. Le droit originaire est supérieur à l'État qui en est le serviteur :

⁴¹ Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil*, p. 53. Cité et traduit par Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt ?* p. 128.

⁴² Beaud, *Le juriste engagé*, p. 31-32.

par l'activité législative étatique, le droit pur est réfracté dans le monde où il ne peut se matérialiser directement. Tout se passe comme si le droit originaire et le droit étatique se déployaient à deux niveaux parallèles que seul l'État pouvait relier. La loi étatique demeure subordonnée au droit originaire et, par ce renvoi au droit naturel, elle se distingue du règlement de police ou de la loi du plus fort. La valeur de l'État se mesure à sa capacité à rendre indisponible *l'idée* de droit en la réalisant⁴³, en lui donnant un contenu positif par une décision souveraine.

Schmitt demeure discret sur le contenu et l'origine de ce droit supérieur, se bornant à préciser qu'il s'agit d'un « droit naturel sans que le naturalisme ne puisse y pénétrer.⁴⁴ » Cette formulation délibérément obscure confirme la postulation par Schmitt d'un ordre naturel originaire sur lequel repose le droit étatique, car « ce ne peut être que la meilleure perspective qui, comme telle, contraint les hommes, non parce qu'elle est plus puissante, mais parce qu'elle est la meilleure⁴⁵ ». Autrement dit, le droit naturel prime sur le pouvoir brut et son existence est indépendante des finalités et des intérêts particuliers. Que ce droit supérieur soit issu de Dieu, de la raison ou de la nature, suivant la définition de Kelsen⁴⁶, sa caractéristique déterminante est de constituer une idée régulatrice⁴⁷ grâce à laquelle l'État peut s'imposer comme instance légitime. À titre d'unique interprète et médiateur du droit naturel, l'État ne trouve devant lui aucun principe externe limitant sa puissance : sa réalisation du droit naturel est absolue et sans appel⁴⁸.

⁴³ Simard, *La loi désarmée*, p. 81.

⁴⁴ Carl Schmitt, *La valeur de l'État et la signification de l'individu* (Genève : Librairie Droz, 2003), p. 117.

⁴⁵ Ibid, p. 81.

⁴⁶ Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, p. 438.

⁴⁷ Simard, *La loi désarmée*, p. 81.

⁴⁸ Beaud, *Le juriste engagé*, p. 36.

Très tôt dans sa carrière, le jeune Schmitt fait preuve d'une assurance intellectuelle remarquable. Selon le constitutionnaliste français Olivier Beaud, la précocité et la vigueur de sa théorie du droit s'expliquent par son adhésion à la foi catholique, qui lui fournit les bases nécessaires à la conceptualisation d'un droit idéal, originaire et régulateur⁴⁹. Évoquant une influence possible d'Augustin sur Carl Schmitt, Beaud constate l'importance pour le juriste allemand d'une séparation nette entre la cité de l'homme et la cité de Dieu, que l'homme serait incapable de surmonter par la raison, d'où la valeur de l'État en tant qu'instance régulatrice et unique au sein du désordre humain.

Dans cette théorie fortement étatiste, l'individu ne possède aucun accès direct au droit naturel et, par conséquent, il ne saurait être sujet de droit. C'est à travers l'État qu'il acquiert un statut juridique, une signification. L'appartenance de l'individu à l'État prime de ce fait sur toute autre allégeance, dans la mesure où sans l'État, l'individu serait livré aux différentes puissances sociales envers lesquelles il devrait gagner sa liberté sans pour autant pouvoir prendre appui sur une instance neutre capable de trancher les conflits de loyauté⁵⁰. L'unité politique repose sur un engagement éthique envers l'État, seule instance capable de mettre fin aux antagonismes sociaux par une décision d'autorité⁵¹.

Le décisionnisme comme théorie de la souveraineté

Dans son acception la plus répandue et la plus accessible, le décisionnisme schmittien est d'abord une théorie de la souveraineté. Alors que dans *La valeur de l'État* l'idée de droit guidait l'État et lui conférait sa légitimité, un renversement s'opère à partir de

⁴⁹ Ibid, entre 55 et 60

⁵⁰ « L'État assure à l'individu sa négativité face aux autres puissances de socialisation » *La loi désarmée*, Augustin Simard, p. 83.

⁵¹ Carl Schmitt, « Éthique de l'État et l'État pluraliste », dans Carl Schmitt, *Parlementarisme et démocratie* (Paris : Éditions du Seuil, 1988) p. 143.

1921, où le moment de la décision est identifié comme le fondement principal du droit. Il ne saurait y avoir d'ordre juridique sans paix sociale, sans une situation de normalité sur la base de laquelle des rapports de droits peuvent exister. Dès lors, ce n'est pas l'idée de droit abstraite qui constitue la clé de voute du système juridique, mais bien l'instance humaine apte à proclamer la situation d'exception et à décider de son contenu.

Schmitt souligne que la souveraineté est un concept limite⁵², une notion dont nous perdons le sens dans le cadre de l'administration des affaires juridiques courantes, mais qui demeure l'instant premier de la juridicité. D'une manière presque phénoménologique⁵³, il s'interroge sur ce qui permet le passage du chaos concret de la lutte pré-étatique et pré-juridique à une situation d'ordre public caractéristique des régimes étatiques sécuritaires. Il situe ce moment charnière dans la décision d'un souverain qui, par le fait qu'il décide⁵⁴, met fin à la lutte de tous contre tous, définit le bien commun et crée la situation normale nécessaire à l'établissement d'un ordre juridique. Ce n'est donc pas le titre du souverain qui permet l'identification de la décision fondatrice, mais plutôt l'inverse : est souverain celui dont la décision est effectivement sans appel et qui permet l'instauration d'une situation normale. La souveraineté est initialement une donnée factuelle qui devient une notion juridique au moment où la normalité est acquise, permettant l'édiction du droit et dont la décision originaire constitue la condition de validité. Il s'agit bel et bien d'un concept limite, permettant le passage du non-droit au droit, du factuel au juridique⁵⁵.

⁵² Schmitt, *Political Theology*, p. 1.

⁵³ Simard, *La loi désarmée*, p. 78, note 32. À notre sens, c'est ce que Schmitt a en tête lorsqu'il affirme suivre une méthodologie « naturaliste ».

⁵⁴ L'accent est mis sur le fait de la décision plutôt que son contenu. Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p. 84.

⁵⁵ Voir notamment Giorgio Agamben, *State of exception* (Chicago : University of Chicago Press, 2005), p. 24-26.

À l'intérieur d'un ordre juridique établi, la souveraineté fondatrice se manifeste avec éclat lorsqu'il devient nécessaire de réinstaurer l'ordre public. C'est pourquoi la situation d'exception possède une valeur épistémologique si importante pour Schmitt : « Est souverain celui qui décide de l'état d'exception⁵⁶ ». Cette phrase, sans doute l'une des plus citées de Schmitt, ouvre le premier chapitre de la *Théologie politique*. C'est le fait de la décision qui est mis en évidence par la formulation « décide de », qui implique également une décision *dans* la situation d'exception, c'est-à-dire quant à la nature et à l'étendue de la menace faite à l'ordre public. Devant une situation exceptionnelle, le souverain est celui qui décide que l'ordre public est menacé, qui détermine l'étendue de cette menace, et qui est en mesure de rétablir l'ordre. Le souverain véritable est révélé par le cas d'exception, rien de moins, et l'exception nous permet en retour de considérer avec lucidité les fondements réels de l'ordre juridique normal.

Soulignant l'erreur fondamentale du normativisme, le cas d'exception permet d'illustrer l'impossibilité dans laquelle se trouve le système de la théorie pure du droit de prévoir les conditions de sa propre suspension⁵⁷. Plus encore, le décisionnisme part du constat réaliste de l'imperfection du droit positif, qui ne saurait être en mesure de prévoir une solution à tous les problèmes que peut rencontrer un régime politique. Dans cette perspective, le décisionnisme s'oppose au rationalisme : l'exception est cette situation que l'esprit humain n'avait pas anticipé dans sa construction légale rationnelle et qui exige une réponse immédiate sans qu'une norme indique la marche à suivre. L'exception est ce qui ne se résout pas par subsomption⁵⁸. Une constitution écrite peut prévoir les modalités

⁵⁶ Schmitt, *Political Theology*, p. 5.

⁵⁷ Ibid, p.6-7.

⁵⁸ Beaud, *Le juriste engagé*, p. 41.

d'exercice du pouvoir public, mais elle n'est pas en mesure de préciser qui doit les exercer, de telle sorte que l'identité concrète du souverain demeure liée à la capacité personnelle de celui-ci de s'imposer comme tel.

Hobbes est le penseur décisionniste type. Son influence dans la pensée de Schmitt est manifeste : pour ces deux auteurs, la principale vertu du souverain est de réaliser l'ordre à partir du désordre pour ainsi permettre le droit. La légitimité du Léviathan ne découle pas de son respect d'une norme, mais plutôt du fait qu'il permet l'existence de normes en créant un plan de sécurité et de prévisibilité. C'est le sens de l'expression schmittienne « tout droit est droit en situation⁵⁹ » : on ne saurait élaborer une théorie du droit ne prenant pas en considération la situation politique effective dans laquelle elle s'incarne et dont elle dépend ultimement. Schmitt reprend à son compte la formule classique de Hobbes : *Auctoritas, non veritas, facit legem*⁶⁰. Au paradigme « éthique » de la pensée juridique, développé par Grotius, qui « s'intéresse avant tout aux représentations de la justice, et par conséquent, au contenu de la décision⁶¹ », il oppose la méthode « scientifique » de Hobbes, par laquelle il réfère sans doute à son réalisme. Le génie du philosophe anglais est d'avoir réalisé dans la personne du souverain la fusion de *l'autorité*, pouvoir brut préjuridique, et du *pouvoir* public s'exerçant dans les limites de l'ordre juridique établi⁶². Pour Schmitt, il s'agit de l'enjeu central de la théorie de la souveraineté : comment joindre l'autorité effective et le pouvoir légal⁶³ ? Parce qu'il nous offre la sécurité de notre vie et nous permet de la consacrer à autre chose qu'à nous défendre contre autrui, le souverain se trouve investi d'une légitimité qui

⁵⁹ Voir notamment Carl Schmitt, « La question clé de la Société des nations », 2 *textes de Carl Schmitt* (Paris : Éditions A. Pedone, 2009), p. 37.

⁶⁰ Schmitt, *Political Theology*, p. 33. La citation de Hobbes est issue du chapitre 26 du *Léviathan*.

⁶¹ Carl Schmitt, *La dictature* (Paris : Seuil, 2000), p. 39.

⁶² Voir l'introduction de Dominique Séglaard dans Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p. 45.

⁶³ Schmitt, *Political Theology*, p. 18.

adjoind le pouvoir public à son autorité effective. Voilà précisément en quoi le décisionnisme se distingue de la loi du plus fort.

Schmitt reproche au normativisme de conduire au nihilisme juridique en occultant les conditions réelles de validité du droit. En effet, le normativisme (ainsi que les variantes de positivisme qui nient le moment fondateur du droit) repose sur une vision dualiste du monde qui sépare le domaine irrationnel du commandement personnel et celui de la norme objective, impersonnelle et abstraite, caractéristique de l'État de droit libéral⁶⁴. Schmitt insiste sur le caractère métaphysique de cette division qui amène les normativistes à négliger le moment critique de la décision humaine sans laquelle aucune idée ne pourrait se concrétiser. La négation de la *réalisation* du droit et le rejet de cette question hors de la sphère juridique servent une fonction idéologique selon Schmitt, et sous le couvert de l'objectivité, le normativisme néglige les moments de décision. À terme, le refus de reconnaître la figure du souverain comme source de la validité du droit entraînera une « déformalisation des pratiques juridiques⁶⁵ », car si le droit public en vient à être considéré sans auteur, « apocryphe⁶⁶ », quelle sera la légitimité de l'État d'agir hors de ce cadre législatif pour faire face à l'état d'exception ? Qu'est-ce qui permettra de distinguer la vraie constitution, celle qui doit être préservée par delà le droit positif, des autres actes législatifs ? En niant la possibilité de l'exception légale, les positivistes dévoilent leur dogmatisme idéologique ou leur « métaphysique » rationaliste. Or, l'approche réaliste de Schmitt révèle que ce postulat est non seulement empiriquement faux, mais qu'il est également dangereux :

⁶⁴ Simard, *La loi désarmée*, p. 89-92.

⁶⁵ Ibid, p. 91.

⁶⁶ Théorie de la constitution, p. 127.

un État entièrement immanent et assimilé à l'ordre juridique est incapable de répondre à l'exception et d'assurer l'ordre, condition première du droit.

Schmitt insiste sur l'impossibilité fondamentale d'encadrer à l'avance et pour toujours l'existence humaine dans les limites d'un ordre légal clos. L'idéal libéral du *rule of law* demeure ontologiquement subordonné au *rule of men*⁶⁷, lequel est imprévisible. Une norme ne saurait s'appliquer d'elle-même sans intervention humaine, ce qui requiert déjà une interprétation, un jugement humain, une *décision*. Pris en lui-même, un système de norme ne *veut* pas son application, une volonté humaine est indispensable. Par surcroît, une norme n'est pas en mesure de désigner l'identité de l'instance humaine en charge de sa réalisation. La question de l'identité du souverain démontre l'impossible autonomie de l'être et du devoir-être ainsi que le rôle pivot d'une « puissance définie par son être comme l'origine du devoir être⁶⁸ », qui permet le passage de l'un à l'autre⁶⁹. L'obsession du normativisme pour la pureté du droit est inconséquente, car « une norme peut valoir parce qu'elle est juste (*Richtig*) ; alors la conséquence systématique conduit au droit naturel et pas à la constitution positive ; ou bien une norme vaut parce qu'elle est prescrite positivement, c'est-à-dire par une *volonté* existante.⁷⁰ » Cette alternative démontre que la normativité formelle pure n'existe pas.

Quant à lui, Schmitt se situe explicitement dans la seconde catégorie, à cela il ne fait aucun doute. Pourtant le rapport de Schmitt au droit naturel n'est pas sans soulever certaines questions. Dans quelle proportion Schmitt a-t-il rejeté ce qu'il appelait en 1914 *l'idée de*

⁶⁷ Tracy B. Strong, *The Sovereign and the Exception : Carl Schmitt, Politics Theology and Leadership*, dans Schmitt, *Political Theology*, p. xvii.

⁶⁸ Carl Schmitt, *Théorie de la constitution* (Paris : Presses Universitaires de France, 1993), p. 137.

⁶⁹ Schmitt, *Political Theology*, p. 33.

⁷⁰ Schmitt, *Théorie de la constitution*, p. 137-138.

droit, l'ordre normatif parfait et régulateur dont l'État réalisait la médiation dans le monde réel ? Pour s'opposer comme il le fait au positivisme, qui fait du droit de tout ce qui est édicté par le législateur, une telle idée de droit supra-positif lui est nécessaire⁷¹. Pour être plus qu'un « législateur motorisé⁷² », le souverain doit transcender l'ordre légal, même si Schmitt rejette l'idée naturaliste qu'il serait lié par un ordre de justice immanent, s'incarnant dans le *Sein*⁷³.

Les principales raisons qui ont amené Schmitt à rejeter la doctrine décisionniste sont assez claires. D'une part, cette pensée juridique est impropre à guider la production juridique une fois la situation d'exception maîtrisée, dans la normalité. La nécessité de la décision présuppose « un néant normatif et un désordre concret⁷⁴ », mais lorsque la décision est prise, une autre pensée juridique est nécessaire pour concrétiser le nouvel ordre établi. Sans en tirer de conclusions définitives préjugant de la valeur théorique de ses écrits subséquents, il n'est pas anodin de constater que Schmitt se tourne vers l'institutionnalisme en 1933, au moment où Hitler accède au pouvoir et met un terme à la période anormale de flottement politique qu'a été pour les conservateurs allemands la République de Weimar sous le *diktat* du traité de Versailles. D'autre part, Schmitt réalise, notamment à travers son étude *Le Léviathan dans la théorie de l'État de Thomas Hobbes*⁷⁵, que le décisionnisme porte en lui à la fois le germe de l'individualisme libéral, car l'individu, placé par Hobbes au

⁷¹ Beaud, *Le juriste engagé*, p. 52.

⁷² Schmitt, *La situation de la science européenne du droit*, p. 126.

⁷³ Voir supra note 61. Voir aussi Glossarium p. 188, cité par Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt ?*, p. 110., où Schmitt décrit le droit naturel comme une « douzaine de postulats totalement opposés, un amas de vagues clauses formelles dont les concepts sous-jacents – le concept de nature et celui de droit au premier chef – demeurent indéfinis ». Sur la critique de l'utilisation politique du droit positif ou du droit naturel, voir *La notion de politique*, p. 111.

⁷⁴ Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p. 83.

⁷⁵ Carl Schmitt, *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, (Paris : Éditions du Seuil, 2002).

centre de la pensée politique, obéit au Léviathan parce qu'il lui garantit la sécurité de sa vie, et celui du positivisme juridique, car pour éviter le conflit, le droit du Léviathan doit être clarifié par écrit. Comme nous l'avons vu, le positivisme est, pour Schmitt, une pensée juridique inconséquente, car elle tend vers le normativisme alors qu'elle repose sur une justification décisionniste du fondement du droit, qu'elle cherche toutefois à occulter. L'ambiguïté caractéristique du positivisme est bien représentée par la formule « la force normative du factuel », que Schmitt qualifie de « paraphrase de la tautologie vide du positivisme⁷⁶ ». Cet amalgame incongru est pour le juriste allemand un décisionnisme qui s'ignore et qui, ce faisant, sape ses propres fondements par sa tendance à la technicisation du droit. S'il veut combattre la déformalisation du droit public par le « législateur motorisé », Schmitt doit puiser à d'autres sources théoriques que le décisionnisme, qui fait partie du problème que présentent le positivisme et surtout le normativisme pour la science juridique.

À partir de 1933, il s'opère un changement de perspective dans la pensée juridique de Carl Schmitt, et l'élément institutionnaliste d'une pensée juridique de l'ordre concret y devient prédominant. Il serait inexact d'affirmer que Schmitt renie complètement le décisionnisme, ou que cette doctrine est erronée ; encore en 1950, il écrit que la problématique décisionniste « surgit tout naturellement avec la notion de souveraineté⁷⁷ ». Cependant, Schmitt considère désormais que l'essentiel pour la science du droit n'est pas simplement de reconnaître le décideur véritable, bien que cette information soit capitale, mais plutôt de comprendre l'ordre concret dans lequel s'inscrit cette décision et auquel elle contribue.

⁷⁶ Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p. 90. La formule idiosyncrasique du positivisme est de Georg Jellinek. *Allgemeine Staatslehre*, 3^e édition, cité par Schmitt.

⁷⁷ Carl Schmitt, *Le nomos de la Terre* (Paris : Presses Universitaires de France, 2001), p. 156.

1.3 - 1934-1983 : L'institutionnalisme ou la pensée juridique de l'ordre concret

L'institutionnalisme

Le tournant institutionnaliste de la pensée de Carl Schmitt s'amorce par une réflexion sur les garanties constitutionnelles. Dans la *Théorie de la constitution*, il en donne la définition suivante :

La garantie institutionnelle est limitée par essence. Elle n'existe qu'à l'intérieur de l'État et ne repose pas sur l'idée d'une sphère de liberté illimitée en principe, mais porte sur une institution (*Institution*) reconnue juridiquement qui en tant que telle est toujours une entité circonscrite et délimitée, servant à des tâches et à des buts définis – même si ses fonctions peuvent ne pas être définies dans le détail et s'il reste une certaine « universalité du domaine d'action »⁷⁸.

Sous l'égide de l'État, les institutions se voient accorder une protection juridique spéciale par laquelle elles sont soustraites au processus d'abrogation législative habituel. Schmitt précise qu'il ne s'agit pas de conférer à l'individu des droits fondamentaux; c'est à travers l'institution à laquelle il appartient que l'individu peut prétendre à une certaine protection de son statut. Cette protection ne le vise d'ailleurs qu'indirectement, elle n'a rien à voir avec les droits individuels libéraux fondés sur un universalisme humaniste. L'institution existe concrètement, et elle remplit une fonction sociale identifiable qu'il convient de préserver constitutionnellement. Ainsi la commune, le mariage, la fonction publique et l'université comptent parmi des institutions protégées par la Constitution de Weimar. Celle-ci porte en elle-même la substance politique du peuple à laquelle est astreint le législateur.

Cette théorie des garanties constitutionnelles fait écho à l'institutionnalisme du juriste français Maurice Hauriou, envers lequel Schmitt s'est reconnu une dette intellectuelle dans son essai de 1934. Selon Hauriou, le droit constitutionnel ne se rapporte pas

⁷⁸ Schmitt, *Théorie de la constitution*, p. 308.

exclusivement à la constitution de l'État, mais plutôt à la constitution des institutions, parmi lesquelles l'État est « l'institution des institutions⁷⁹ » en raison de sa capacité à supporter et à intégrer les autres institutions sociales. Selon Ivor Jennings, l'État comme institution est d'abord fondé sur l'institution de la nation, laquelle est fondée sur l'attachement au territoire, sur le désir d'indépendance et sur un esprit national qui incorpore une certaine philosophie politique. Plus encore, l'institution de l'État tend vers la réalisation d'une idée d'organisation gouvernementale, d'une idée de la fin politique à atteindre⁸⁰.

L'institution est avant tout la réalisation d'une *idée* qui requiert une certaine forme d'organisation sociale et la participation d'individus rassemblés autour de cette idée. Dans son article *Théorie de l'institution et de la fondation*, Hauriou donne de l'institution la définition suivante : « Une institution est une idée d'oeuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures⁸¹. » Il existe des institutions-choses, comme la dette nationale ou le mariage, mais ce sont principalement les institutions-personnes, parmi lesquelles se trouvent les institutions sociales et politiques, qui retiennent l'attention du maître de Toulouse.

La théorie de l'institution est à plusieurs égards une théorie de l'équilibre concret. L'institution se distingue de l'organisation sociale ponctuelle par le fait qu'elle engendre et

⁷⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif* (Paris : Sirey, 1933), p. IX.

⁸⁰ W. Ivor Jennings, « The Institutional Theory », dans *Modern theories of law* (Oxford : Oxford University Press, 1933), p. 77.

⁸¹ Maurice Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation*, cité en français par Jennings, *The Institutional Theory*, p. 76.

intègre une « situation établie » définie par un équilibre entre le pouvoir dominateur et l'état des choses dominé, et qui se traduit en une « situation juridique »⁸² – ce qui n'est pas sans rappeler la « situation normale » dont dépend l'ordre juridique dans le décisionnisme schmittien. L'institution ajoute à ce premier équilibre de la situation établie celui du groupe d'individus incorporé, c'est-à-dire constitué en corps, dont l'équilibre interne est réalisé par une séparation des pouvoirs. Ainsi, l'institution sociale incorporée est « une organisation sociale, en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence individuelle est assurée par l'équilibre interne d'une séparation des pouvoirs, et qui a réalisé en son sein une situation juridique⁸³ ». Au sein des institutions sociales, les institutions politiques se caractérisent par le fait d'afficher une compétence universelle à l'égard des membres du groupe sur lesquels elles exercent leur autorité. Parmi les institutions modernes, seul l'État peut revendiquer telle compétence, et avec elle, le statut d'institution politique incorporée.

Ce n'est pas l'aspect technique de la création juridique de l'institution par la coutume ou la loi positive qui intéresse Hauriou : c'est plutôt son rôle dans l'organisation sociale⁸⁴. Les membres fondent l'institution et en orientent le développement en accord avec l'idée qu'elle vise à réaliser. Elle a donc une certaine autonomie, une réalité concrète qui survit à l'existence de ses membres fondateurs, qui surpasse la somme des individus qui la constituent. Tout comme une famille subsiste après la mort du patriarche, un État subsiste après la mort des Pères fondateurs ; l'institution se détache de l'individu en lui survivant⁸⁵. C'est pourquoi l'institution agit en retour sur les individus en vertu d'une tradition qui lui est

⁸² Maurice Hauriou, *Principes de droit public* (Paris : Sirey, 1910), p. 128.

⁸³ Ibid., p. 129.

⁸⁴ Ibid., p. 126.

⁸⁵ Ibid., p. 132.

propre⁸⁶. Il découle de cette dynamique de l'institution (fondation-rétroaction) une certaine régulation de l'activité humaine, une métabolisation du changement social, une prudente intégration du progrès qui permet de préserver la stabilité sociale. Dès lors, le « bon » droit est celui qui est en accord avec le droit des institutions et respecte leur fonctionnement social.

L'institutionnalisme met l'accent sur l'élément dynamique du droit. Pour Hauriou, la science juridique doit postuler un libre arbitre relatif des individus⁸⁷, ou plutôt une autonomie relative du pouvoir et des libertés, qui correspond à l'indétermination du devenir humain. Dès lors, la stabilité juridique est une question d'équilibre entre différents éléments. Dans ses *Principes de droit public* (1910), Hauriou affirme qu'en chacun des droits se réalise un équilibre entre l'intérêt économique, le pouvoir de décision et la fonction⁸⁸. Dans un article de la revue *Métaphysique et morale* (1928), il précise plutôt que le pouvoir, l'ordre et la liberté sont les différentes forces en équilibre dans le droit. Les individus doivent jouir de l'autonomie nécessaire à l'exploitation d'entreprises privées et à la conclusion des actes juridiques qui s'y rattachent ; le pouvoir public doit jouir de l'autonomie nécessaire pour gouverner, pour créer du droit en accord avec la situation sociale ; l'ordre, composé des institutions, des mœurs et de la réglementation positive, limite à la fois le pouvoir public et la liberté individuelle, mais d'une manière vivante et évolutive. Dès lors, la qualité de l'ordre constitutionnel découle de sa capacité à créer des institutions vivantes⁸⁹, et sa

⁸⁶ Jennings, *The Institutional Theory*, p. 75.

⁸⁷ Maurice Hauriou, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de Métaphysique et de Morale* 35.2, 1928, p. 13.

⁸⁸ Hauriou, *Principes de droit public*, p. 32.

⁸⁹ Hauriou, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », p. 197.

stabilité, d'un mouvement « lent et uniforme⁹⁰ » des transformations d'un système social ordonné.

De l'avis d'Hauriou, Kelsen a tort de concevoir la stabilité juridique du seul point de vue de l'ordre, au détriment de l'autonomie du pouvoir et des libertés. Le droit se déploie sur le plan historique, qui est un plan dynamique ; il est illusoire de chercher à situer le droit sur un plan statique afin de gagner en objectivité scientifique. Le danger du normativisme réside en ce que le pouvoir de l'État (qui s'effectue par l'emploi de la force coercitive) est assimilé à la validité du système juridique, lequel découle de la réalisation subjective d'un impératif catégorique objectif. Autrement dit, Kelsen fonde le droit sur l'ordre et l'autorité de l'impératif catégorique plutôt que sur le primat de la liberté relative de l'individu et du pouvoir.

Au jugement du constitutionnaliste Ivor Jennings, l'institutionnalisme d'Hauriou repose sur une théorie du droit naturel⁹¹. Jennings observe que les principes constitutionnels relatifs à la formation et la transformation des institutions sont déduits de la nature humaine, ce qui leur confère un caractère de vérité par rapport aux lois constitutionnelles positives. Dès lors, il existe un droit universel, celui de l'institution première, l'Humanité. Chaque institution possède un système juridique, dont l'édiction formelle ne devient nécessaire que pour pallier le déficit de confiance intime des membres, et qui s'inscrit dans le système général du droit naturel de l'Humanité. Pour Jennings, ces prétentions relèvent de la sociologie et de la psychologie sociale, mais pas du droit. Cette critique rejoint celle qu'adresse Maarti Koskeniemmi à la théorie de l'ordre concret de Schmitt, comme nous le

⁹⁰ Hauriou, *Principes de droit public*, p. 8 ; voir aussi Hauriou, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », p. 200.

⁹¹ Jennings, *The Institutional Theory*, p. 80.

verrons plus loin, et elle pose à nouveau frais la question du rôle de l'idée de droit, ou d'un droit naturel, dans la pensée du juriste allemand.

Pour en revenir à l'institutionnalisme de Carl Schmitt, la juridicité de l'ordre concret repose sur les institutions, car celles-ci contiennent en elles-mêmes la normalité, c'est-à-dire qu'elles supportent la situation normale globale, et produisent une normativité dont la teneur ne peut être fixée définitivement par des règles. L'institution est un concept vivant et concret qui organise la vie sociale. Sa coutume ne peut être codifiée de manière exhaustive, et une règle « ne peut ni ne doit embrasser ni épuiser l'essence de cet ordre⁹² », car autrement la dimension proprement humaine de l'institution, son caractère dynamique, serait évacuée. Schmitt présente un concept total de droit qui englobe à la fois le souverain et le juge, soit les instances législative et interprétative. Cela signifie que le droit positif doit être en phase avec l'ordre concret des institutions qui lui préexiste et sur lequel il repose. Comme le souligne Georges Schwab, traducteur de Schmitt en langue anglaise, Schmitt réduit la légalité à un simple moment, une simple excroissance de la légitimité⁹³. Il n'en reste pas moins que Schmitt semble avoir enfin trouvé une limite à opposer à la technicité législative : l'erreur du positivisme est d'avoir rabattu la légitimité sur la légalité alors que celle-ci n'en est qu'une expression ponctuelle et imparfaite.

Nous avons évoqué en introduction la critique de von Krockow selon laquelle la théorie institutionnaliste de Schmitt repose sur un instant irréductible de décisionnisme, car le contenu concret de la normativité institutionnelle doit nécessairement être déterminé par l'intermédiaire d'une décision souveraine. C'est dans l'École d'histoire du droit de F. C. von Savigny que Schmitt trouve l'ultime ancrage théorique pour pallier à cette objection.

⁹² Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p. 75.

⁹³ George Schwab, *The Challenge of the Exception* (Berlin : Duncker & Humblot, 1970), p. 125.

Savigny pose qu'il revient au juriste, à travers une généalogie des concepts, de dégager du développement historique d'un peuple le principe d'unité supérieur et vital à partir duquel toutes ses manifestations particulières s'expliquent⁹⁴. Le droit émane du *Volksgeist*, et son fondement se situe dans les instituts juridiques, dont le développement et la composition présentent un dynamisme et une concrétude proprement *organique*. Cet entrelacement entre institution et esprit du peuple confère aux normes qui en émergent une forte stabilité leur permettant de résister aux changements de régimes et de gouvernements. Dans cette perspective, même la décision souveraine s'inscrit dans une situation historiquement conditionnée par des institutions et desquelles l'ordre concret émerge. Il est impossible d'exclure entièrement de la pratique juridique un moment de décision par laquelle une loi est édictée ou un jugement rendu. L'infléchissement majeur que subit la théorie du droit de Schmitt réside dans le fait que cette décision n'est plus le fondement absolu du droit ; elle en permet la réalisation, mais elle demeure elle-même conditionnée par un ordre concret qui l'englobe et sans lequel le droit serait dépourvu de signification.

L'ordre concret du nomos

Dans *Les trois types de la pensée juridique*, Schmitt crédite Hölderlin pour l'utilisation du terme *nomos* afin de référer à l'ensemble « des conditions vivantes dans lesquelles un peuple s'est trouvé et se trouve en présence de lui-même⁹⁵ ». Dans une entrevue accordée en 1985 au journal italien *Quaderni costituzionali*, Schmitt insiste sur son obsession pour le troisième vers de *L'Odyssée* d'Homère, qui se traduit par « il vit les cités

⁹⁴ Alfred Dufour, *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées* (Bruxelles : Bruylant, 2003), p. 487-491.

⁹⁵ Carl Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p. 75.

de peuples nombreux, et il connut leur esprit⁹⁶ (*nomos*) ». Ce *nomos* est porteur d'un ordre concret qui découle de la volonté historique d'un peuple d'exister politiquement et juridiquement. La traduction du grec *nomos* par le latin *lex* est un accident de l'histoire, et la confusion qui subsiste encore aujourd'hui à cet égard est pour Schmitt « le plus grand malheur historico-intellectuel de l'histoire occidentale⁹⁷ ». La pensée juridique de l'ordre concret est une tentative de Schmitt de redonner ses lettres de noblesses au droit comme *nomos*.

Dans la première partie du *Nomos de la Terre*, Schmitt trace les contours du concept de *nomos*, qui est d'abord et avant tout le droit envisagé dans sa dimension d'ordre et de localisation. Puisant dans l'imaginaire du mythe, Schmitt associe le droit à la terre, triplement liée à la justice de manière naturelle, alors que la mer, symbole de désordre, était traditionnellement libre de droits. « Le *nomos* est donc la configuration sous laquelle l'ordre social et politique d'un peuple devient spatialement perceptible, la première mensuration et division des pâturages, c'est-à-dire la prise de terre et l'ordre concret qu'elle comporte et qu'elle engendre tout à la fois.⁹⁸ » La prise de terre est l'instant premier de la juridicité, le « titre juridique le plus radical qui soit⁹⁹ », car l'établissement d'une frontière constitue vers l'extérieur un titre de droit des gens pour les communautés tiers, et permet vers l'intérieur le morcellement du territoire en propriétés privées. Tous les rapports juridiques ultérieurs découlent de cette première mensuration du territoire, y compris la distinction juridique élémentaire entre droit public et droit privé.

⁹⁶ Homère, *Odyssée* (Paris : Gallimard, 2009).

⁹⁷ « Un giurista davanti a se stesso », *Quaderni Costituzionali* 3.1 1983, p. 16 (traduction libre).

⁹⁸ Schmitt, *Le nomos de la Terre*, p. 74.

⁹⁹ Ibid., p. 52.

En définissant le droit comme être plutôt que comme devoir-être, comme *Sein* plutôt que comme *Sollen*, Schmitt est en mesure de s'opposer frontalement au normativisme sans reprendre les difficultés du décisionnisme. Le *nomos* est un ordre concret immanent de pure légitimité qui, par sa concrétude, permet au droit de remplir sa fonction stabilisatrice de la vie sociale. Il doit pour cela garder un lien avec l'événement historique « constitutif de l'ordre spatial¹⁰⁰ », ce qui signifie d'une part qu'il faut garder à l'esprit la dimension territoriale du droit, mais également que le droit tire sa légitimité de la force ordonnatrice d'un événement historique précis et proprement constituant. À l'inverse, le droit positif désigné en allemand par le terme *Gesetz* est constitué, il repose sur un ordre juridique antérieur et préalable. Les juristes que Schmitt accuse de pratiquer un « légalisme positiviste embrouillé¹⁰¹ » commettent l'erreur de limiter le droit au *Gesetz*, sans s'intéresser à l'origine de l'ordre sur lequel il repose.

Le danger d'une telle pratique juridique réside dans le fait que le droit et la paix reposent sur des enceintes au sens spatial¹⁰². Pour Schmitt, la paix n'est pas une notion métaphysique, un idéal abstrait vers lequel tendre ou une « notion générale normativiste sans rapport à l'espace¹⁰³ » ; la paix est synonyme de l'ordre concret découlant d'une institution, si bien qu'il y aurait plutôt lieu de parler des paix (des différentes institutions). Dans cette perspective, la fonction de l'ordre juridique international n'est pas d'abolir la guerre, mais de la limiter et de la circonscrire sur la base de la situation établie. Voilà qui éclaire ce passage à la fois mystique et pénétrant du *Nomos de la Terre* : « Nous gardons néanmoins l'espoir que l'on réussira à trouver le sens qui habite la terre, et que ce seront les pacifiques

¹⁰⁰ Ibid., p. 75.

¹⁰¹ Ibid., p. 73.

¹⁰² Ibid., p. 79.

¹⁰³ Ibid., p. 63.

qui posséderont le royaume de la terre ». La pensée *utopiste*, dans le sens étymologique de la racine grecque signifiant « en aucun lieu », présente le plus grand danger pour la science juridique, car elle nie la dimension spatiale du droit. Les véritables pacifistes, dit Schmitt, sont ceux qui ont à cœur de préserver l'ordre concret découlant du partage du territoire, la véritable paix du droit international. On voit ici poindre la continuité entre l'antinormativisme de Schmitt, dont il a été question dans le présent chapitre, et son opposition à l'universalisme en droit international, qui fera l'objet du prochain chapitre.

La persistance d'un décisionnisme latent dans la pensée juridique de Schmitt est manifeste, particulièrement en ce qui concerne les prises de terre, ou encore lorsqu'il écrit : « tout jugement autonome, conforme à ce qui est, procède du sol¹⁰⁴ ». L'appropriation territoriale a nécessairement une connotation politique, laquelle ne peut être tranchée que par une décision souveraine ; mais c'est l'ordre subséquent établi qui passe au premier plan dans la pensée juridique de Schmitt après 1933. Tout se passe comme si Schmitt, ayant perçu les limites du décisionnisme, avait cherché à les corriger par l'institutionnalisme en posant que la décision souveraine instaure un ordre qui doit ensuite « valoir contre la volonté même qui l'a établie »¹⁰⁵. C'est pourquoi toute prise de terre n'est pas automatiquement légitime, au sens fort du terme : cette décision doit être conforme au *nomos* établi ou être en mesure de servir de fondement à un nouveau *nomos*.

Le *nomos* est un concept proprement institutionnaliste : c'est l'ordre qui découle de la réalisation de l'idée d'exister politiquement sur un territoire donné. Il s'agit d'une constitution substantielle valant pour un territoire précis et clos, par exemple une cité de l'Antiquité. Il y eut lieu de parler d'un *nomos* de la Terre à partir du moment où, au

¹⁰⁴ Schmitt, *Le nomos de la Terre*, p. 50.

¹⁰⁵ Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, p. 91.

lendemain des grandes explorations et de la découverte du Nouveau Monde, la Terre entière fut appréhendée et mesurée par les navigateurs européens. Ainsi, l'antinormativisme de Schmitt culmine dans le *nomos*, un concept fondamentalement conservateur qui « doit être déterminant par opposition au décret populaire¹⁰⁶ ». Dès lors, pour Schmitt le principe du droit est à l'opposé de celui de la révolution.

Le rôle du juriste et le sens de l'antinormativisme de Schmitt

La démarche juridique de Carl Schmitt trouve son expression la plus claire et la plus intime dans un article publié en 1950 sous le titre *La situation de la science européenne du droit* et que Schmitt considérait comme son testament intellectuel¹⁰⁷. Il y présente la science européenne du droit comme « le dernier asile du droit¹⁰⁸ », qui devait jadis défendre son autonomie vis-à-vis de la philosophie et de la théologie, et qui doit aujourd'hui livrer un combat similaire contre le normativisme techniciste. C'est dans le renouveau de cette science du droit autonome que Schmitt situe le sens de la vraie pratique juridique, ce qui constitue une véritable clé de lecture de son oeuvre.

La science européenne du droit n'est rien de moins que la seule unité européenne légitime. Celle-ci s'est construite à travers la réception du droit romain par les différents droits nationaux, un processus marqué par l'emprunt mutuel, l'innovation conceptuelle et la fructification de l'héritage juridique romaniste. Il en est résulté un ensemble de concepts et de préceptes juridiques considérés à travers l'Europe comme le fondement général du droit, à la manière d'un droit naturel historico-rationnel. C'est sur cette base que reposait le droit

¹⁰⁶ Schmitt, *Le nomos de la Terre*, p. 72, citant Aristote.

¹⁰⁷ Carl Schmitt. « La situation de la science européenne du droit ». *Droits* 14, (Paris : Presses Universitaires de France, 1991), p. 126, note 1.

¹⁰⁸ Ibid., p. 129.

des gens et le *jus publicum europeum*, jusqu'à ce que cette communauté de pensée soit renversée par « l'universalité sans espace¹⁰⁹ » du positivisme légal au milieu du 19^e siècle.

Dans un premier temps, la victoire du positivisme légal a discrédité la théorie de l'héritage juridique européen commun et mis en doute le caractère scientifique d'une science du droit dont l'objet, le droit positif, est toujours changeant suivant la volonté du législateur. En effet, quelle valeur pouvait avoir la doctrine dans un univers juridique marqué par la fluidité et la révocabilité de la législation. Néanmoins, en raison de l'écart qui subsistait entre la volonté objective de la loi et la volonté subjective du législateur, composé de différents partis aux intérêts opposés, la science européenne du droit est parvenue à préserver son rôle de « sujet porte-parole de cette raison objective, de cette puissance intrinsèquement cohérente de la volonté législative qui s'oppose de façon autonome à la volonté divisée des nombreux facteurs prenant part à la législation¹¹⁰ ».

Dans un second temps, le positivisme légal débridé du 20^e siècle, que Schmitt compare à un « législateur motorisé », rend impossible l'interprétation et la systématisation du droit par la science. À mesure que la loi est remplacée comme mode de législation par l'ordonnance, le décret ou la réglementation, il devient impossible d'isoler un intermédiaire objectif entre le mesure de direction et ceux qui sont concernés par cette mesure, « entre l'édiction et celui qui édicte, entre la loi et le législateur¹¹¹ ». Il n'est dès lors plus possible d'affirmer que « la loi est plus judicieuse que le législateur » du fait de son objectivité et de son « éternité relative¹¹² », suivant le mot de Popitz que cite Schmitt. Cette motorisation du processus législatif, cette « légiflation », tourne en ridicule l'idée d'une autolimitation du

¹⁰⁹ Ibid., p. 117

¹¹⁰ Ibid., p. 126.

¹¹¹ Ibid., p. 129.

¹¹² Ibid., p. 132.

législateur, et rend impossible l'existence d'une science consacrée à l'interprétation du caractère objectif et unifié de la loi.

C'est avec cette crise de la science juridique en toile de fond qu'il faut comprendre l'intérêt de Schmitt pour la doctrine des sources du droit de Savigny. Comme nous l'avons déjà vu, le rôle du juriste chez Savigny se résume à l'interprétation et la systématisation du droit, qui n'est pas nécessairement écrit, et dont l'origine se trouve dans le droit romain ainsi que dans l'esprit du peuple. Au fond, c'est la science européenne du droit elle-même qui est source du droit, puisqu'elle seule peut se livrer à cette activité de systématisation du droit en ramenant à l'unité une « matière législative » disparate. Plus qu'un retour à Savigny, c'est à une compréhension du caractère paradigmatique de sa réponse à la crise de la science du droit que nous invite Schmitt, qui reconnaît chez cet auteur la première distanciation par rapport au mode législatif de l'édiction.

Au terme de ce plaidoyer pour une science juridique consciente d'elle-même, Schmitt livre en toute simplicité le sens de son antinormativisme, dont le point de départ est le constat d'une scission entre légalité et légitimité, après la victoire du positivisme légal. Ainsi, « la soumission à la simple légalité d'un *Sollen* seulement édicté¹¹³ » tire sa légitimité du moment révolutionnaire, de l'année 1789 d'abord, puis du Printemps des révolutions de 1848 ensuite, au détriment de la légitimité historique et de la tradition. Ce qu'on a appelé le progrès du droit, à savoir sa technicisation et sa centralisation croissante, n'a en réalité d'autre fonction que « de maintenir en permanence la révolution qui, en tant que force

¹¹³ Ibid., p. 137.

légitime supérieure à la légalité, devait à elle seule faire autorité¹¹⁴ ». Schmitt cite Hauriou, pour qui :

« la révolution de 1789 n'est pas autre chose que l'avènement absolu de la loi écrite et la destruction systématique des institutions coutumières. Il en est résulté un état perpétuellement révolutionnaire, parce que les forces de changement se sont trouvées plus fortes que les forces de stabilité, la mobilité de la loi écrite n'étant plus équilibrée par la stabilité de certaines institutions coutumières¹¹⁵. »

Autrement dit, le principe révolutionnaire ne contient en lui-même aucune justification de sa propre limitation, avec pour conséquence un rejet total de l'héritage stable des institutions séculaires. Alors que pour Savigny (et sans doute pour Schmitt) les sources du droit se situent dans l'esprit d'un peuple en constant rapport avec son passé, le normativisme, fondé sur un droit strictement édicté, traite la terre « comme *tabula rasa* d'une planification sans espace et sans droit¹¹⁶ », balayant du revers de la main tous les ordres concrets sur lesquels repose la stabilité sociale et juridique.

Le principe révolutionnaire du normativisme n'est pas sans lien avec une défense de l'universalisme en droit international, dont la critique schmittienne nous occupera au prochain chapitre. Ce n'est pas tant que Schmitt soit hostile à toute forme d'unité, bien au contraire ; comme nous le mentionnions d'entrée de jeu, la science européenne du droit constitue pour lui une unité concrète et réelle qu'il convient de préserver, la notion même de culture européenne y trouvant son origine. Le particularisme national participait de cette unité qu'a réalisée la science européenne du droit plus qu'il s'y opposait ; c'est pourquoi

¹¹⁴ Ibid., p. 139.

¹¹⁵ Ibid., p. 139, note 1.

¹¹⁶ Ibid., p. 137.

Schmitt écrit que « même la confusion des langues vaut mieux que l'unité babylonienne¹¹⁷ ».

¹¹⁷ Ibid., p. 140.

2 – La théorie du droit international de Carl Schmitt : une critique de l'universalisme abstrait.

Introduction : quelle place pour l'oeuvre internationaliste de Carl Schmitt ?

Alors que Carl Schmitt est considéré depuis plusieurs décennies comme un théoricien du droit public, nous assistons depuis quelques années dans les milieux universitaires à un engouement pour son oeuvre à titre de penseur du droit international. Signe que cette redécouverte n'est pas passagère, la prestigieuse collection des *Oxford Handbooks* le liste parmi les auteurs classiques de la théorie du droit international, où il figure comme l'auteur le plus contemporain¹¹⁸. Ainsi, les écrits internationalistes de ce juriste controversé n'étaient pas strictement circonstanciels ou opportunistes, comme certains commentateurs l'ont affirmé¹¹⁹, et ils ont quelque chose à nous apprendre sur la composition singulière de l'ordre juridique international au 20^e siècle. Pourtant, très peu de juristes se sont intéressés aux thèses présentées par Schmitt dans *Le nomos de la Terre*. Cela est d'autant plus étonnant que le droit international s'est voulu largement universaliste au cours d'un siècle qui fut particulièrement meurtrier. Devant une telle dissonance, il est plus pertinent de s'intéresser aux critiques schmittiennes de l'universalisme que de ressasser les mêmes principes de droit international humanitaire, comme le souligne avec raison le juriste

¹¹⁸ Bardo Fassbender and Anne Peters, dir., *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford : Oxford University Press, 2012). Hersch Lauterpacht est listé juste après Schmitt, mais il est décédé 25 ans avant lui.

¹¹⁹ C'est notamment la thèse de l'auteur français Yves-Charles Zarka, notamment dans son article polémique « Carl Schmitt : nazi philosophe ? », *Le Monde*, 6 décembre 2002. Dans l'édition du journal *Le Monde* du 4 août 2013, le philosophe Jean-Marc Faye s'indignait de l'intérêt académique que suscite toujours Schmitt, qu'il présente strictement comme un idéologue nazi.

finlandais Martti Koskenniemi¹²⁰. C'est dans cette perspective que nous abordons l'oeuvre internationaliste de Schmitt.

Celle-ci débute au cours des années 1920-1930, avec des textes comme *La question clé de la Société des Nations* (1926) et *Les formes de l'impérialisme en droit international* (1932), dans lesquels Schmitt dénonce les artifices par lesquels les puissances étrangères dépouillent peu à peu l'Allemagne de sa souveraineté. À partir de 1937, la production académique de Schmitt est orientée presque exclusivement au domaine du droit international, avec des articles comme *Le passage au concept de guerre discriminatoire* (1938), des ouvrages comme *Terre et mer* (1942) et surtout *Le nomos de la Terre* (1950). Dans la continuité de l'antinormativisme détaillé au chapitre précédent, Schmitt s'attaque à l'universalisme en droit international, qui se présente comme la conséquence logique, au niveau international, d'une théorie du droit normativiste.

Au cours du présent chapitre, nous tenterons de répondre à la question suivante : comment s'est réalisé le passage à un droit international universaliste, et quelles en sont les conséquences pour la science du droit aujourd'hui ? L'examen de cette problématique exige dans un premier temps de définir, en introduction, la notion de politique dans la pensée de Carl Schmitt, de manière à pouvoir ensuite clarifier le concept d'universalisme et bien saisir d'où procède sa critique. Cela nous amènera à la première thèse de Schmitt, selon laquelle l'universalisme en droit international masque des intérêts impérialistes qu'il convient de dénoncer. Cette affirmation, particulièrement associée au contexte politique de l'époque, est étroitement liée à la doctrine du décisionnisme. À partir de 1937, Schmitt souligne plutôt la désétatisation du politique ainsi que la moralisation du droit qui accompagne l'ascension du

¹²⁰ Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (Cambridge : Cambridge University Press, 2001), p. 423-424.

droit international universaliste, et il esquisse à gros traits le nouvel ordre mondial qui peine à renaître des cendres du droit des gens interétatique. Avec cette critique, nous verrons que Schmitt se positionne comme le *katechon* du droit international.

2.1 - Universalisme

Le politique

Schmitt observe que le monde n'est pas unifié, il est plutôt un « *pluriversum* politique¹²¹ ». Cette affirmation découle d'une compréhension particulière du politique, fameusement défini par Schmitt comme la « discrimination de l'ami et de l'ennemi¹²² », c'est-à-dire l'expression d'un « degré extrême d'union ou de désunion, d'association ou de dissociation¹²³ ». Le politique est un critère d'intensité où l'ennemi est :

dans son existence même et en un sens particulièrement fort, cet être autre, étranger et tel qu'à la limite des conflits avec lui soient possibles qui ne sauraient être résolus ni par un ensemble de normes générales établies à l'avance, ni par la sentence d'un tiers, réputé non concerné et impartial¹²⁴.

Il ne s'agit pas d'un ennemi personnel, ni d'un concurrent ou d'un adversaire ; il n'est pas nécessaire que l'ennemi politique soit jugé défavorablement dans les sphères de l'éthique, de l'économique ou de l'esthétique, bien qu'une opposition dans une de ces sphères puisse atteindre un niveau d'antagonisme tel qu'elle en devienne politique. L'ennemi est public, il est *hostis* et non *inimicus*¹²⁵. Il est l'autre, dont la forme d'existence, poussée à l'extrême, constitue la négation de la forme d'existence du groupe adverse. L'opposition entre ami et ennemi incarne un conflit existentiel qui ne se résout que dans la guerre, lorsque la menace existentielle de l'ennemi le justifie. Il ne s'agit pas tant d'une thèse belliciste que d'une

¹²¹ Carl Schmitt, *La notion de politique* (Paris : Flammarion, 1992).

¹²² Ibid., p. 64.

¹²³ Id.

¹²⁴ Ibid., p. 65.

¹²⁵ Ibid., p. 67.

reconnaissance de la virtualité de la guerre dans tout enjeu politique. Cette appréciation de la menace, cette décision sur la guerre est irréductible à des normes ou à des procédures délibératives.

La lutte pour la souveraineté, c'est-à-dire pour le pouvoir de décision, n'est pas gagnée sur la base d'arguments rationnels, mais par le conflit des politiques d'identité¹²⁶. L'unité de l'État se réalise sur la base d'un critère d'homogénéité déterminé existentiellement et qui emporte la désignation d'un ennemi externe, qui peut aussi être présent à l'intérieur de l'État, mais qui doit alors être dominé. Voilà le contenu de la décision souveraine, par laquelle l'État met fin au conflit existentiel en son sein, et à partir de laquelle il construit un système de droit positif. À l'intérieur de l'État, le concept pertinent n'est pas le politique, mais la police¹²⁷. En effet, il ne peut subsister d'antagonisme entre ami et ennemi à l'intérieur de l'État sans que celui-ci soit en mesure de l'absorber et de le neutraliser, car alors l'État se trouve en situation de guerre civile.

La critique schmittienne de l'universalisme en droit international découle d'une critique plus générale du libéralisme et du principe de négation du politique qu'il comporte. Dans *L'ère des neutralisations et des dépolitisations*, Schmitt développe la thèse que l'État moderne est né d'un effort de neutralisation des conflits confessionnels qui ont marqué le 16^e siècle. La fonction distinctive de l'État moderne a été de permettre une forme d'ordre public en repoussant en périphérie les débats théologiques, créant de ce fait une zone de neutralité au profit d'un positionnement métaphysique et rationaliste. D'autres sphères d'activité se sont par la suite successivement imposées comme secteurs dominants à travers un processus de neutralisation où chaque secteur avait pour fonction de neutraliser celui qui

¹²⁶ David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy* (Oxford : Oxford University Press, 1997), p. 45.

¹²⁷ Schmitt, *La notion de politique*, préface de l'édition de 1963, p. 43.

le précédait (parce qu'il était redevenu politique). Schmitt identifie ainsi quatre secteurs, tour à tour décisifs : la théologie, la métaphysique, la morale humanitaire et l'économie. Le moteur de cette évolution historique demeure le même : la quête d'une sphère de neutralité sur laquelle peut reposer l'ordre public. Or, si cette neutralité est si difficile à obtenir, affirme Schmitt, c'est parce que le conflit est inscrit dans la nature humaine. La théorie schmittienne du politique repose sur une anthropologie politique qui postule la nature dangereuse et méchante de l'homme. Schmitt présente cet antagonisme existentiel comme un fait qu'il ne s'agit pas d'approuver ou de critiquer, mais de constater, car « toutes les théories politiques véritables postulent un homme corrompu¹²⁸ ».

La dépolitisation n'est donc pas un phénomène nouveau, mais plutôt l'aboutissement de la logique ayant présidé à l'institution du Léviathan. Schmitt constate que « la technique » s'est imposée comme le dernier secteur dominant, parce qu'elle présente en apparence un potentiel de neutralité parfaite. Or, il n'en est rien. Par le terme « technique », Schmitt réfère à la croyance dans le fait qu'une connaissance des procédés et méthodes relatifs à la gouvernance politique permet de dépouiller le politique de son élément personnel en permettant aux choses de s'administrer elles-mêmes¹²⁹. Autrement dit, par la conjonction des secteurs de l'économie et de l'éthique, l'humanité progresserait dans sa quête de connaissances vraies et impersonnelles sur la gouvernance, rendant de ce fait le domaine du politique au sens schmittien complètement obsolète. À la différence des secteurs dominants précédents, le progrès technique ne porte pas en lui-même le germe d'un antagonisme existentiel ; cependant, parce que chacun peut se l'approprier à son bénéfice, la technique demeure un instrument employé par les parties dans un contexte de lutte. Et

¹²⁸ Ibid., p. 104.

¹²⁹ Ibid., p. 100.

puisque l'esprit techniciste ne connaît aucune limite intrinsèque, la politisation de la technique entraîne la politisation de la totalité des secteurs d'activité humaine.

Définition de l'universalisme

Sur la base de ces clarifications, il est possible de définir l'universalisme comme une foi dans l'esprit de fraternité naturelle de l'homme, qui se traduit par l'ambition de penser le politique à partir de l'humanité comme sujet unique. Ce projet politique – car s'en est un – constitue l'aboutissement de la négation du politique au sens schmittien du terme. La guerre étant la continuation de la politique (ou l'inverse, selon qu'on se réfère à Clausewitz ou à Foucault), l'universalisme se présente comme un pacifisme, par opposition au bellicisme de celui qui se prononce en faveur d'une existence politique. L'universalisme est également un rationalisme, puisqu'il aspire à réaliser l'unité de manière consensuelle, c'est-à-dire sur la base d'arguments librement reconnus.

Schmitt prend le contrepied de chacune de ces affirmations. Il considère d'emblée que l'universalisme est erroné, car il présuppose un homme naturellement bon, alors que Schmitt postule plutôt l'impossible perfectibilité de l'homme. Schmitt affirme que la dimension politique de l'homme est inscrite dans sa nature. Le politique est inéluctable, du moins en temps qu'éventualité, comme le démontre le caractère politique de la position soi-disant apolitique de l'universalisme pacifiste. Autrement dit, la négation du politique constitue une contradiction performative, car elle constitue elle-même une position politique qui force, ultimement, une opposition entre pacifiste et belliciste. Cependant, comme le démontre Léo Strauss, l'affirmation du politique n'est pas tant l'affirmation de la guerre que celle de la nécessité pour l'homme d'être dominé, d'être gouverné. L'opposition politique

fondamentale est donc entre autoritarisme et anarchisme. Pour Schmitt, le gouvernement de l'homme est nécessaire, compte tenu de sa nature.

L'universalisme est fréquemment présenté comme le projet d'un État universel. D'une perspective décisionniste, ce scénario évoque la concentration d'un pouvoir énorme entre les mains de quelques décideurs occupant les positions clés d'un gouvernement mondial, ce que Schmitt juge particulièrement dangereux, à plus forte raison parce que l'universalisme comporte la négation de la décision souveraine, de son caractère personnel, fondateur et nécessaire. Il en résulte une confusion, puisque le souverain effectif n'est jamais reconnu ouvertement alors qu'il jouit d'un pouvoir illimité. La négation du politique n'a pas éliminé le politique, mais elle nous empêche d'en avoir une compréhension exacte en occultant le phénomène que nous cherchons à observer. Cette confusion est d'autant plus dangereuse que la position politique de l'universalisme pacifiste l'amène à mener une guerre contre la guerre, une guerre sans retenue ayant pour objectif l'élimination de l'adversaire. À travers la confusion d'une position politique qui se croit apolitique, l'ennemi est désigné seul responsable du conflit, de par sa position politique. Il en résulte un désir d'élimination de l'ennemi beaucoup plus violent et dangereux que dans une guerre dont l'objet est clairement identifié. En somme, il y a trois facettes à la critique schmittienne : l'universalisme est erroné, il est source de confusion, et il est dangereux.

2.2 - Décisionnisme et universalisme

La Société des Nations

L'universalisme en droit international se matérialise durant l'entre-deux-guerres dans la Société des Nations, organisation associative à vocation universelle que Schmitt accuse

d'entretenir une dangereuse confusion sur la nature et le fonctionnement de l'ordre mondial. Durant l'entre-deux-guerres, seules quelques grandes puissances sont aptes à rester juges de leur propre cause, affirmant par là leur souveraineté réelle¹³⁰. Pourtant chaque État est officiellement souverain et traité sur un pied d'égalité à la SDN, ce qui brouille la réalité politique. Schmitt souligne le caractère singulier de la forme juridique de la SDN qui, dit-il, est fondée sur « un texte studieusement ambigu et générique¹³¹ ». Son mandat, les compétences de ses organes et les moyens de coercition dont elle dispose sont définis de manière imprécise, de façon à ce que la SDN puisse se déclarer compétente ou nier l'être, selon l'objet du litige. Schmitt établit une distinction entre les grandes puissances, pour lesquelles le Pacte de la SDN est sans conséquence, et les pays contrôlés par les grandes puissances à travers la SDN, qui deviennent de ce fait « objet » de la politique internationale plutôt que d'en être un acteur. Le règlement de l'affaire de Mossoul en faveur du Royaume-Uni démontre selon lui le caractère instrumental de la SDN au service des grandes puissances : le Conseil ne dispose pas des moyens de coercition nécessaires pour imposer au Royaume-Uni une décision contraire à ses intérêts, mais elle peut rendre une décision judiciaire lorsque celle-ci est avalisée par un rapport de forces politiques préexistant, comme ce fut le cas dans cette affaire. Schmitt déplore le caractère artificiel de cette jurisprudence, où les antagonismes politiques se parent des attributs du droit.

Sur le plan contextuel, l'intérêt de Carl Schmitt pour la Société des Nations (SDN) est dicté par des considérations fort simples : si elle devait revêtir un caractère juridique permanent, la SDN fixerait pour l'avenir les frontières de l'Allemagne telles qu'elles sont établies par le Traité de Versailles. En effet, le Pacte de la Société des Nations prévoit à son

¹³⁰ Carl Schmitt, *La question clé de la Société des Nations* (Paris : Éditions A. Pedone, 2009), p. 29.

¹³¹ Ibid., p. 26.

article 10 que « les membres de la Société s'engagent à respecter et à maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité territoriale et l'indépendance politique présente de tous les membres de la Société¹³² ». À la suite de la Première Guerre mondiale, des pans importants du territoire allemand pré-1914 sont passés à la France, et la région industrielle de la Saar a été placée sous contrôle international afin de garantir le paiement des réparations imposées à l'Allemagne, conventionnellement identifiée comme agresseur et unique responsable de la guerre. Pour un nationaliste allemand comme Schmitt, ce tracé frontalier est inacceptable, et il est impératif que l'Allemagne arrive à le renégocier ou à en imposer un nouveau, ce que le Pacte de la SDN semble rendre impossible.

Schmitt s'interroge sur la nature particulière de « l'ordonnancement juridique » de la SDN. S'il ne s'agit que d'une alliance entre grandes puissances, leur association est révocable, ce qui ne manquerait pas d'arriver en cas de conflit. Par contre, s'il s'agit d'une fédération, ou plutôt d'une confédération d'États, l'union des États membres instaurera un ordre juridique permanent entérinant le statu quo possesseur du Traité de Versailles. Au terme de son analyse, Schmitt conclut que la SDN ne correspond pas aux critères distinctifs d'une fédération. D'abord, une association fédérative doit reposer sur une certaine garantie de licéité du *statu quo*, notamment en ce qui a trait à la possession territoriale. Cette affirmation n'est pas surprenante, puisqu'elle découle du principe général, inlassablement exposé par Schmitt, suivant lequel tout droit est droit en situation, et chaque norme juridique suppose l'existence d'un cas normal. Une fédération, en tant que construction juridique fixant les droits et obligations des États membres, doit supposer que le *statu quo* possesseur est légitime. L'article 10, en proscrivant la modification du *statu quo* possesseur par la

¹³² Ibid., p. 44.

violence, garantit à chaque État son intégrité territoriale et surtout, la légitimité de sa possession.

Pour Schmitt, cette garantie de légitimité est proprement scandaleuse : alors que la légalité des possessions actuelles des grandes puissances repose sur leur exercice souverain du droit de conquête, c'est-à-dire sur la légitimité de la souveraineté effective, le Pacte impose pour l'avenir la simple légitimité de la légalité. Le droit de conquête étant proscrit et la légitimité du contrôle effectif n'étant plus reconnue, les États vaincus sont privés de la possibilité de justifier la légalité d'une éventuelle reconquête sur la base de l'ancien principe de légitimité. À l'intérieur du régime juridique de la Société des Nations, seule la légalité est source de légitimité, sur la base de la garantie de l'a. 10. Dans ce cas, dit Schmitt, « le danger, voire la *summa injuria* résident précisément dans le règne du droit¹³³ ».

Cette inversion du rapport entre légalité et légitimité constitue une instrumentalisation politique du droit que Schmitt dénonce. Ce n'est pas le caractère politique du droit international qui agace Schmitt, puisqu'il écrit lui-même que « le droit international est un droit politique au même titre que le droit constitutionnel¹³⁴ » ; il s'insurge plutôt contre la négation du caractère politique de ces dispositions et de leur instrumentalisation. Pour Schmitt, il importe de reconnaître qu'un processus d'arbitrage international – qui est la seule voie légale à la disposition des États pour contester le *statu quo* territorial sous le régime juridique de la SDN – dissimule, sous le couvert de la neutralité et de l'impartialité, un transfert de souveraineté, une renonciation nationale à exercer un pouvoir de décision au profit d'une instance étrangère qui, dès lors, est réellement

¹³³ Ibid., p. 50.

¹³⁴ Carl Schmitt, « Les formes de l'impérialisme en droit international », dans *Du politique* (Puisseaux : Pardès, 1990), p.87.

souveraine. Dans cette perspective, Schmitt soutient que la pleine adhésion de l'Allemagne à la SDN serait une renonciation à sa souveraineté politique.

C'est sur cette base fortement nationaliste que Schmitt refuse à l'article 10 le statut de garantie réelle de légitimité, ce qui revient à dire que cette garantie entérine juridiquement un état de fait injuste du point de vue allemand. Citant en exemple le principe de l'équilibre des puissances européennes et celui de l'autodétermination nationale, il insiste sur le fait que le principe de l'a. 10 n'est pas en mesure de constituer « un étalon de référence juridique régissant en cas de conflit les intérêts vitaux des peuples et des États¹³⁵ ».

Le juriste allemand poursuit ensuite son analyse de la SDN sous l'angle du second principe inhérent à toute fédération : l'homogénéité. La SDN refuse de se doter ouvertement d'un facteur d'homogénéité, car, dit-il, cela est incompatible avec la vocation universaliste qui l'anime. Un facteur d'homogénéité emporte nécessairement la discrimination des États hétérogènes, ce que la SDN n'est pas prête à admettre. Or, les membres d'une fédération doivent partager une certaine similitude assurant le maintien de l'organisation. À titre d'exemple, Schmitt cite la Sainte-Alliance initiée par le tsar Alexandre I pour réprimer les mouvements révolutionnaires en Europe et dans laquelle les membres étaient unis par leur appartenance au principe de légitimité monarchique. Une vraie fédération repose sur une similitude dans l'ordre politique interne, sur la base duquel il existe un droit d'intervention du pouvoir fédéral dans les affaires internes d'un État membre.

La question du droit d'intervention est problématique. Le lien nécessaire qui existe dans toute confédération d'État entre l'ordre interne et l'ordre international est contraire au principe classique de la non-intervention dans les affaires internes d'un État, un corollaire de

¹³⁵ Ibid., p. 57.

la reconnaissance de la souveraineté étatique. D'une perspective décisionniste, la souveraineté n'est révélée que par la situation d'exception, ce qui fait dire à Schmitt que « seul l'État intervenant est souverain¹³⁶ ». Le fait qu'un petit État soit officiellement considéré comme indépendant en temps normal ne change rien au fait qu'il n'est pas en mesure de s'arroger la décision sur la situation d'exception, et qu'il n'est pas à la source de l'ordre normal auquel il doit son existence. Ainsi, le principe abstrait de la non-intervention masque des rapports politiques réels fort différents : toute union en droit international repose sur un principe d'homogénéité qui sert de base au droit d'intervention d'une grande puissance. Chaque cas concret appelle une décision sur l'application du principe d'homogénéité, et celui décide de l'intervention ou de la non-intervention est le souverain réel.

Schmitt croit que la SDN n'est pas dépourvue d'un principe d'homogénéité, d'où l'impossibilité pour l'URSS d'y adhérer (jusqu'au relâchement subséquent de la structure de la SDN). Ce principe n'est toutefois pas ouvertement reconnu, ce qui crée une ambiguïté dont profitent les grandes puissances, leur permettant de l'interpréter à leur guise et d'intervenir uniquement en fonction de leurs intérêts. En somme, Schmitt affirme que la Société des Nations repose sur des principes ambigus, où les rapports juridiques interétatiques ne correspondent pas à la réalité politique qu'ils encadrent. En l'absence de principes matériels clairs, le juriste allemand juge qu'il est dangereux de remplacer la politique internationale par un droit politisé qui serait en décalage par rapport à la réalité des rapports politiques.

¹³⁶ Ibid., p. 69.

Il est frappant de constater que Schmitt aborde la question de la SDN, une problématique de droit international, à partir de catégories juridiques relevant du droit constitutionnel. Cela témoigne à notre avis de la difficulté qu'éprouve Schmitt à appréhender la spécificité du droit international à partir de la perspective décisionniste, dans laquelle la question de la souveraineté étatique est prépondérante. Par ailleurs, Schmitt est extrêmement préoccupé par le sort de l'Allemagne au lendemain de la Première Guerre mondiale, et devant la montée d'un droit international universaliste, il lui importe de souligner les incongruités de ce projet politique.

L'impérialisme américain

Citant un mot de Proudhon, Schmitt affirme : « qui dit humanité veut tromper¹³⁷ ». L'apparente dépolitisation du droit international profite à la première puissance mondiale, dont l'impérialisme prend une forme inédite. Les États-Unis d'Amérique se sont positionnés comme acteur de premier plan sur la scène internationale, tout en prétendant rompre avec les mœurs politiques du vieux continent. Ils se prétendent *apolitiques*, accordant le primat à l'économique sur le militaire. Cette définition restrictive de l'activité politique est trompeuse, non seulement parce que le politique est inéluctable, mais également parce que les États-Unis s'arrogent un pouvoir décisionnel sur le « moment à partir duquel une activité commerciale devient politique¹³⁸ ». Ce pouvoir de décision se traduit par un large pouvoir d'ingérence politique. Pour le juriste allemand, il est impératif de reconnaître le caractère politique de l'impérialisme américain, et de comprendre les nouveaux principes de légitimation qu'il mobilise.

¹³⁷ Schmitt, *La notion de politique*, p. 96.

¹³⁸ Schmitt, « Les formes de l'impérialisme en droit international », p. 82.

La politique internationale américaine est assujettie à la doctrine de Monroe, qui défend aux États européens de s'ingérer dans les affaires des États américains. D'abord défensive, cette doctrine a servi de base conceptuelle à l'ingérence états-unienne partout en Amérique, pour ensuite justifier un interventionnisme hégémonique planétaire. En dépit de sa flagrante imprécision, la doctrine de Monroe est explicitement reconnue par le Pacte de la SDN et il est admis que tout engagement international américain est conditionnel au respect de cette doctrine. Ainsi, il revient aux États-Unis de décider à la fois de l'application et du contenu de cette réserve fort avantageuse. Dans chaque cas où des poursuites sont engagées contre eux ou contre un État américain sous leur protection, ce sont les États-Unis qui décident de la légalité du recours¹³⁹. Le contrôle des concepts, l'aptitude à dicter les termes juridiques d'une situation internationale sont bien la marque d'une puissance hégémonique souveraine.

L'interventionnisme américain prend deux formes juridiques principales : la reconnaissance des nouveaux gouvernements et les accords d'intervention. Compte tenu de leur poids économique, un gouvernement étranger non reconnu par les États-Unis est privé d'un soutien indispensable à sa prospérité, surtout en Amérique, ce qui confère aux États-Unis un droit de regard sur l'orientation politique d'États tiers. C'est toutefois par le biais des accords d'intervention que les États-Unis se ménagent un pouvoir d'intervention direct dans les affaires internes des autres États américains. Ces accords constituent des instruments juridiques par lesquels un État officiellement souverain reconnaît aux États-Unis un droit d'intervention afin de protéger leurs intérêts financiers dans ce pays, mais aussi de maintenir l'ordre, de garantir la libre jouissance des droits individuels et le respect de la

¹³⁹ Ibid., p. 86.

propriété privée. Cette forme inédite d'interventionnisme se dissimule derrière une égalité formelle des droits étatiques : les rapports économiques entre États créanciers et États débiteurs justifient une domination politique effective des premiers sur les seconds, qui prend le pas sur les attributs juridiques formels de la souveraineté.

En Europe, la présence américaine est effective, mais indirecte et informelle. Après avoir milité en faveur d'une Société des Nations et imposé la reconnaissance de la doctrine Monroe au Pacte de la SDN, les États-Unis ont décliné d'y adhérer officiellement. Cependant, plusieurs petits États américains sous contrôle états-unien sont membres de la SDN, ce qui permet aux États-Unis de pratiquer une politique d'absence officielle et de présence effective. En somme, dit Schmitt, les États membres de la SDN sont sans compétence pour trancher tout litige international impliquant les États-Unis, en vertu de la doctrine Monroe, alors que ceux-ci détiennent un pouvoir de décision dans le règlement des litiges européens soumis à la SDN. Ce rôle d'arbitre officieux est confirmé par les différentes instances de règlements des différends d'après-guerre où siègent des « citoyens américains », qui sans représenter officiellement leur État, disposent d'un pouvoir de décision étendu sur des questions strictement européennes¹⁴⁰.

Selon Schmitt, l'interventionnisme américain a reçu une nouvelle base juridique avec le Pacte Briand-Kellogg, qui entérine la résolution d'éliminer le recours à la guerre. Le juriste allemand précise que « la guerre n'est condamnée que comme instrument de la politique nationale », ce qui revient à dire que « les guerres qui sont un instrument de la politique internationale sont, *ipso facto*, des guerres justes¹⁴¹ ». Ici encore, le contrôle du

¹⁴⁰ Carl Schmitt, « La Société des nations et l'Europe », dans *Du politique* (Puisseaux: Pardès, 1990), p. 24-25; Schmitt, « Les formes de l'impérialisme en droit international », p. 95.

¹⁴¹ Schmitt, « Les formes de l'impérialisme en droit international », p. 96.

vocabulaire et de l'interprétation des termes constitue la marque de la pleine souveraineté : celui qui définit la guerre et la paix peut se placer perpétuellement du côté de la légalité pacifique, sur la base d'un normativisme inapte à préserver le sens concret des concepts juridiques. L'impérialisme américain est donc loin d'être apolitique, mais en se présentant comme tel, il est en mesure de justifier sa politique interventionniste.

En dernière analyse, la critique décisionniste de l'universalisme se déploie autour de la question « qui décide ? », ou « qui est souverain ? ». Cette perspective permet effectivement à Schmitt de déceler les occasions où des enjeux nationaux sont tranchés par un décideur étranger, sous le couvert de procédures juridiques neutres. Elle force toutefois le juriste allemand à demeurer prisonnier du cadre étatique, ce qui l'empêche d'aborder le droit international comme un ordre juridique à part entière. La pensée juridique de l'ordre concret lui permet de palier à cette incapacité, et de formuler une critique plus articulée de l'universalisme en droit international.

2.3 - Le nouvel ordre mondial

La manière la plus féconde de lire Carl Schmitt demeure à travers les lunettes du juriste, bien que le théologien et le militant politique puissent également trouver matière à réflexion en parcourant l'oeuvre du juriste allemand. À l'égard de la science juridique, Schmitt entend être un *katechon*¹⁴², celui qui retient l'ordre dont la dissolution est inévitable. Face à la montée du nouveau droit international universaliste, Carl Schmitt se dresse comme le dernier témoin de l'ordre antérieur. Le *jus publicum europeum* est dissout depuis

¹⁴² Voir Schmitt, *Le nomos de la Terre*, p. 63-64.

plusieurs décennies déjà lorsque paraît *Le nomos de la Terre*, son opus magnum sur le droit international. Et pourtant, à en croire l'auteur, le droit international ne s'est jamais remis de cette déchéance, aucun ordre concret ne lui a succédé. Cela ne signifie pas qu'il aspire à un retour au *jus publicum europeum*, puisqu'il affirme lui-même qu'une « vérité historique n'est vraie qu'une fois¹⁴³ ». C'est plutôt le principe d'un ordre spatialement concret qu'il lui importe de transmettre, et c'est à partir de ce principe qu'il reconstruit l'histoire de la science du droit international.

Schmitt considère que la doctrine juridique du 20^e siècle se perd dans des formulations creuses. Il se propose de «dévoiler la situation réelle du droit» afin de «dissiper le brouillard des fictions trompeuses¹⁴⁴». De manière schématique, le droit international universaliste se compose de la maxime *pacta sunt servanda*, du normativisme juridique et des idéologies du pacifisme¹⁴⁵. Selon Schmitt, la maxime *pacta sunt servanda*, selon laquelle un État est lié (uniquement) par ses propres engagements, est trop facilement révocable pour constituer le seul fondement de l'ordre juridique international, car chaque État est libre d'interpréter à sa guise ses engagements et de les révoquer au besoin. Par ailleurs, le degré d'abstraction et de formalisme du nouveau droit international démontre sa volonté de rompre avec l'ordre antérieur et de construire le nouveau droit international sur de nouveaux fondements ; il s'agit d'une « systématique nouvelle de type révolutionnaire, ainsi qu'une doctrine du droit en devenir¹⁴⁶ ». Le nouveau droit international se présente comme un progrès humanitaire, dont la réalisation requiert le rejet du droit « reçu ». C'est ici qu'intervient Schmitt.

¹⁴³ Schmitt, *La situation de la science européenne du droit*, p. 133.

¹⁴⁴ Carl Schmitt, *Le passage au concept de guerre discriminatoire* (Paris : Éditions A. Pedone, 2009), p. 77.

¹⁴⁵ Ibid., p. 79.

¹⁴⁶ Ibid., p. 84.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, la perspective décisionniste lui permettait seulement de dénoncer l'universalisme comme une façade dissimulant des intérêts impérialistes français, britanniques et américains, au détriment de la souveraineté allemande. Il en est ainsi parce que le rôle du juriste décisionniste est toujours apologétique, et que Schmitt ne pouvait aborder le droit international qu'à travers le prisme de la souveraineté nationale. De manière plus féconde et plus fine, la pensée juridique de l'ordre concret lui permet d'insister sur l'importance de préserver « l'ordre spatial pleinement substantiel¹⁴⁷ » sur lequel repose le droit international. Cette critique correspond davantage à la juridicité propre de l'ordre international, et elle est plus intéressante dans la mesure où elle est en phase avec la défense d'une science juridique autonome.

Schmitt défend essentiellement deux thèses portant sur deux problèmes centraux du nouveau droit international : la désétatisation des relations internationales d'une part, et la moralisation du droit d'autre part. Schmitt aborde la question du nouveau *nomos* de la Terre en constatant que l'État n'est plus l'unité de base de l'ordre international. Il soutient qu'aucun nouveau *nomos* ne s'est cristallisé depuis la chute du *jus publicum europeum* et de l'État moderne, si bien que le nouveau droit international universaliste est privé d'assise spatiale. Différents scénarios sont envisagés par le juriste allemand, qui cherche en vain la nouvelle « configuration¹⁴⁸ » du politique, la nouvelle institution apte à supporter le droit international de manière ordonnée.

La principale conséquence du rejet du droit international « reçu » par les juristes universalistes est le passage de la guerre en forme à la guerre juste. Cette seconde problématique découle en partie de la première, et elle traverse comme un fil rouge *Le*

¹⁴⁷ Schmitt, *Le nomos de la Terre*, p. 88.

¹⁴⁸ Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt ?*, p. 212.

nomos de la Terre. Pour Schmitt, « l'histoire du droit international est l'histoire du concept de guerre¹⁴⁹ », et du point de vue de la science du droit, le passage au concept de guerre discriminatoire constitue une régression, une perte d'autonomie du droit au profit de la morale. En cherchant à éliminer la guerre, les juristes universalistes se sont privés de la capacité de parler juridiquement de la guerre ; en considérant criminellement responsable le chef d'un État agresseur, ces mêmes juristes ouvrent la voie à la guerre totale.

Le *nomos* de la Terre

Le problème central du droit international est celui de la circonscription de la guerre. D'après Schmitt, la limitation de la guerre exige que le droit international soit ancré dans un ordre spatial concret, un *nomos* à l'intérieur duquel le concept de guerre peut avoir un sens. Du 16^e siècle jusqu'à l'aube du 20^e siècle, le *nomos* de la Terre a été déterminé par un événement fondateur : la découverte du Nouveau Monde. Après que les puissances exploratrices européennes eurent appréhendé et cartographié la Terre entière, il est devenu nécessaire de la diviser afin d'encadrer les rapports entre les grandes puissances européennes. C'est en ce sens très concret que Schmitt évoque la « *pensée par ligne globale*¹⁵⁰ ». Il distingue entre trois tracés qui témoignent de l'évolution du droit des gens. Les premières lignes globales, les *rayas* hispano-portugaises, s'inséraient dans l'ordre du droit des gens chrétien et partageaient les terres de mission entre les princes Espagnols et Portugais. Cette délimitation sous l'autorité arbitrale de l'Église différenciait le sol des peuples chrétiens de celui des païens, sur lequel la découverte valait pour titre juridique. Avec le déclin de l'autorité papale et l'émancipation des États nationaux, une nouvelle ligne

¹⁴⁹ Schmitt, *Le passage au concept de guerre discriminatoire*, p. 77.

¹⁵⁰ Schmitt, *Le nomos de la Terre*, p. 89.

fut tracée pour délimiter l'Ancien monde du Nouveau, dans lequel le droit européen ne s'appliquait pas. Ces *amity lines* franco-britanniques délimitaient un espace de lutte pour les parties contractantes : sur les territoires libres de droits du Nouveau Monde, tout était permis. Sans la supériorité de l'autorité ecclésiastique, l'occupation effective du territoire était le seul titre de possession juridique reconnu. La guerre, jugée juridiquement à travers son résultat, s'en trouve limitée, juridiquement encadrée et circonscrite. La troisième ligne globale fixait les limites de l'hémisphère occidental, à l'intérieur duquel l'Amérique était soustraite à l'ingérence des puissances du vieux continent. Issu de l'application de la doctrine de Monroe, ce tracé a placé l'Amérique au centre du monde, ce qui a précipité la dissolution de l'ordre spatial européocentrique et de son droit des gens.

L'exactitude historique de ces tracés ainsi que leur importance réelle est contestée¹⁵¹, mais il n'en demeure pas moins qu'ils illustrent la signification dans la pensée juridique schmittienne d'espaces libres de droits, hors du droit, « où les forces agissent et s'éprouvent librement¹⁵² », et grâce auxquels le droit demeure en mouvement. C'est en préservant un espace d'affrontement hors d'Europe, sur un sol jugé qualitativement différent, que le droit des gens de l'époque interétatique est arrivé à limiter la guerre en Europe. Il est manifeste que l'opposition entre l'ordre de la terre et le désordre de la mer structure le droit international dans la pensée de Schmitt. Sans nous engager dans les interprétations mystiques ou théologiques qu'une telle opposition pourrait susciter, il faut souligner qu'il s'agit pour Schmitt d'un principe d'équilibre spatial générateur d'ordre.

¹⁵¹ Peter Haggemacher, « L'itinéraire internationaliste de Carl Schmitt », préface de Schmitt, *Le nomos de la Terre*, p. 38-39 ; Maarti Koskeniemmi, « International Law as Political Theology : How to read *Nomos der Erde* ? », *Constellations* 11.4 2004, p. 495.

¹⁵² Carl Schmitt, *Glossarium*, p. 37, cité et traduit par Haggemacher, « L'itinéraire internationaliste de Carl Schmitt », p. 38.

Le jus publicum europeum

Le juriste allemand ne cache pas son admiration pour le système juridique qui réussit à circonscrire la guerre en Europe pendant environ 300 ans. Tout au long du *nomos de la Terre*, il est question de l'ascension, de l'âge d'or et du déclin du *jus publicum europeum*. Et pourtant, le lecteur a l'impression qu'il y est surtout question de l'ordre international actuel, comme si Schmitt voulait en faire une définition *a contrario*, par effet de contraste. Le point de départ du droit des gens interétatique se situe dans l'autonomisation du droit des gens par rapport à la théologie, dominante dans l'ordre international de la *respublica christinana*. L'État territorial souverain est le « véhicule » de cette sécularisation, qui prend trois formes. D'abord, l'État s'impose comme l'institution sociale dominante en soumettant à son autorité l'Église et les institutions féodales, et il centralise en son sein les compétences législatives, administratives et judiciaires. Cette première réalisation est suivie d'une neutralisation des conflits confessionnels au sein de l'État par l'application de la maxime *cujus regio, ejus religio*, ce qui permet la réalisation d'une unité politique centralisée. En dernier lieu, sur la base des deux premiers points, l'État territorial souverain constitue face aux autres États une unité close sur elle-même, présentant un type d'organisation spécifique qui permet un type nouveau de relations extérieures, c'est-à-dire des relations interétatiques¹⁵³. L'État, entendu comme la forme historique spécifique décrite ci-dessus, est le noyau du nouvel ordre mondial, c'est lui qui supporte le nouveau droit des gens et ses institutions.

¹⁵³ Carl Schmitt, *Le nomos de la Terre*, p. 129.

Dans le droit des gens interétatique, le concept de guerre est fondé sur le « règne d'une raison relative¹⁵⁴ », qui procède du constat qu'il est vain de simplement proscrire la guerre ou de juger sur le fond chaque *casus belli* à l'aune d'un critère matériel posé en absolu. Il est plus utile de chercher à l'encadrer, la circonscrire et la limiter par le droit. Ainsi, la guerre du droit interétatique est d'abord une prérogative des États souverains, ce qui permet d'évacuer les guerres de religion et les guerres civiles. Seules sont reconnues juridiquement les guerres entre États, considérés comme des personnes publiques européennes. Cette personnification de l'État a deux conséquences : d'une part, hors des lignes d'amitiés, les États sont entre eux comme dans un état de nature, puisqu'ils ne sont soumis à aucune autorité; d'autre part, en Europe, les États se doivent courtoisie et respect, comme les monarques eux-mêmes. La reconnaissance par les États de leur souveraineté réciproque implique dès lors une égalité des droits dans la lutte, et un concept d'ennemi particulier. Les États ne s'arrogent aucun droit de regard sur la décision d'un État de faire la guerre, car cela impliquerait un rapport de subordination d'un État à l'autre. Tous les États disposent du même *jus ad bellum*, et se reconnaissent entre eux comme *justi hostes*, comme ennemis justes. Cette reconnaissance mutuelle permet le maintien de rapports juridiques avant la guerre, puisque celle-ci doit être déclarée suivant une certaine forme, et après la guerre, étant entendu que l'ennemi juste n'est pas un criminel, et que des traités de paix peuvent être conclus avec lui.

Pour Schmitt, ce type de guerre « en forme » ressemble à plusieurs égards à un duel. Dans les deux cas, c'est le respect de la forme institutionnelle qui importe et non le motif de belligérance ; il y a une stricte séparation entre « la norme de justice abstraite et *l'ordo*

¹⁵⁴ Ibid., p. 143.

concret¹⁵⁵ ». La qualité des participants et leur respect de certaines formalités confèrent un caractère juste à la guerre comme au duel, en dehors de toutes considérations théologico-morales quant à la responsabilité de celui qui défie autrui. De la même manière et sur les mêmes bases juridiques, chaque État dispose du droit à la neutralité. Comme les belligérants ne sont pas des criminels, il est loisible aux États tiers de maintenir avec les deux parties leurs relations diplomatiques et commerciales sans prendre position dans le conflit qui les oppose. La guerre demeure ainsi localisée et limitée, puisque chaque conflit n'encourt pas systématiquement le risque de se transformer en guerre mondiale.

C'est la structure spatiale du *nomos* de la Terre qui est garante du droit international et de la limitation de la guerre, voilà l'essence du propos de Schmitt. Dans l'ordre du *jus publicum europeum*, cette structure repose sur trois régimes différents : celui des terres européennes, auxquelles correspond un régime juridique particulier ; celui des terres libres, ouvertes à l'appropriation par les puissances européennes ; et celui de la mer libre, sur laquelle aucun État n'a de droit et qui est ouverte au commerce comme à la guerre. La structure du droit des gens et la force de ses institutions, c'est-à-dire « la véritable contrainte, très efficace, sans laquelle il n'y a pas de droit des gens¹⁵⁶ » repose sur l'équilibre des puissances européennes au sein d'un ordre spatial européocentrique qui s'impose à tous les souverains d'Europe et auquel chacun d'eux participe. La préservation de cet équilibre des puissances est primordiale, c'est pourquoi les changements territoriaux sont assujettis à des critères et à des procédures rigoureuses. Il ne s'agit pas de chercher à maintenir un statu quo territorial donné, considérant le caractère fortuit de certains tracés frontaliers, mais plutôt la

¹⁵⁵ Ibid., p. 144.

¹⁵⁶ Ibid., p. 149.

structure globale, « l'unité entre ordre et localisation¹⁵⁷ ». En somme, le partage concret du territoire de la Terre et la différence qualitative entre le sol européen et le sol colonial constituent le fondement de l'ordre concret du *jus publicum europeum*.

D'après Schmitt, la dissolution du *jus publicum europeum* résulte d'une perte de conscience du lien entre ordre et localisation par les puissances européennes et plus spécialement par leurs juristes. En intégrant toujours davantage les États américains, asiatiques et africains dans le droit des gens européen, les puissances d'Europe croyaient consolider leur place au centre du monde, sans réaliser qu'ils étaient en train de saper les fondements concrets de leur droit international. La reconnaissance d'États étrangers qui ne rencontraient pas les critères institutionnels requis était incompatible avec le maintien de l'ordre spatial européocentrique sur lequel reposait le droit des gens interétatique. Alors que la reconnaissance d'un État au sein du *jus publicum europeum* était une institution particulière, assujetti à des critères précis et des procédures formelles, l'universalisation du statut d'État à une multitude d'entités administratives officiellement souveraines et effectivement dépendantes a eu pour effet de vider de son contenu l'institution de l'État. La reconnaissance du caractère spécifique de ce mode d'organisation politique était néanmoins indispensable au bon fonctionnement du droit des gens, et la chute de l'institution entraîna la chute de l'ordre qu'elle supportait. Sur le plan spatial, la déchéance de l'État s'est accompagnée d'une négation des lignes d'amitié et des régimes juridiques afférents au sol européen et au sol colonial. Pour dire les choses simplement, Schmitt observe que le droit des gens interétatique ne s'est pas universalisé, il s'est effondré. À l'ordre spatial concret du

¹⁵⁷ Ibid., p. 185.

jus publicum europeum a succédé un droit international universaliste sans assise spatiale, et par conséquent privé de toute force contraignante.

La théorie des grands espaces

Le déclin de la forme classique de l'État moderne et du droit interétatique qu'il supportait amène Schmitt à s'interroger sur la réorganisation du politique hors du cadre régulateur de l'État. Le politique étant inéluctable, Schmitt s'interroge sur la nouvelle « configuration » du politique. Schmitt envisage trois options¹⁵⁸ : la première est l'avènement d'un État mondial universaliste sous la gouverne d'une Organisation des Nations Unies aux compétences élargies, dominée par l'empire américain. Les territoires nationaux seraient ouverts à des « processus socio-économiques¹⁵⁹ », vidant de son contenu la souveraineté nationale fondée sur l'ordre et la localisation. Seule resterait la coquille vide de l'État, soutenue par le maintien officiel des frontières nationales. Schmitt envisage également la possibilité que les États-Unis jouent le rôle d'arbitre au sein d'un ordre européen de style interétatique marqué par l'équilibre des puissances, avec une souveraineté américaine totale à l'intérieur de l'hémisphère occidental. C'est l'ordre qui se dessinait dans le Pacte de la Société des Nations, comme nous l'avons illustré précédemment. Une troisième option se dessinait avec la montée en puissance du bloc communiste, l'isolationnisme américain à l'intérieur de l'hémisphère occidental, l'Europe en reconstruction et l'ascension d'un regroupement d'États du Tiers monde. Au zénith du 20^e siècle, un nouveau partage du territoire mondial en quelques grands espaces semble à la fois

¹⁵⁸ Carl Schmitt, *Le nomos de la Terre*, p. 251. Voir également Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt ?*, p. 236 et Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, p. 420.

¹⁵⁹ Schmitt, *Le nomos de la Terre*, p. 251.

probable et souhaitable au juriste allemand. Cette dernière option présente l'avantage de ménager une place au politique et de l'encadrer à l'intérieur d'une nouvelle forme juridique apte à supporter un ordre spatialement concret.

La position de Schmitt à l'égard de l'ordre spatial peut paraître ambiguë : le *nomos* est un concept « à la fois descriptif et prescriptif¹⁶⁰ », qui permet à Schmitt d'adopter tantôt la position de l'académicien décrivant un processus historique, tantôt celle du « juriste engagé » appelant de ses vœux un nouvel équilibre formalisé par une science du droit consciente de sa spécificité. Il est possible qu'en oscillant entre deux niveaux de discours, Schmitt en finisse par n'être jamais pleinement ni l'un ni l'autre¹⁶¹. Au-delà de la stratégie rhétorique, cette ambiguïté est peut-être caractéristique de l'objet étudié : le droit international, comme le droit constitutionnel, est un droit politique. Par ailleurs, il demeure clair que le *nomos* est un concept institutionnaliste « de pure légitimité », un *Sein* sur lequel peut être fondé un ordre de droit positif. Il est donc conséquent pour le juriste allemand de souhaiter les conditions matérielles nécessaires au maintien d'un ordre juridique international.

Ainsi, la question du nouvel ordre mondial se pose à travers l'alternative entre universalisme et théorie des grands espaces. Développée en 1939 dans l'article « *Grossraum gegen Universalismus* », la théorie des grands espaces est parfois confondue à tort avec la théorie hitlérienne du *Lebensraum*. Alors que cette dernière se fonde sur des critères raciaux, la théorie des grands espaces de Schmitt se fonde sur l'observation du fait que certaines puissances irradiant leur culture, leur économie et leur influence hors de leurs frontières

¹⁶⁰ Emmanuel Pasquier, « Carl Schmitt et la circonscription de la guerre : le problème de la mesure dans la doctrine des 'grands espaces' », *Études internationales*, 40.1 (2009), p. 55-72.

¹⁶¹ Id.

nationales¹⁶², comme c'est le cas des États-Unis en Amérique. Il s'agit en somme d'une extrapolation réaliste à partir de la doctrine Monroe : un *Grossraum* n'est pas un État agrandi, mais plutôt une nouvelle forme d'existence politique spatialement concrète, à laquelle correspond un nouveau type de rapports internationaux. Pour Schmitt, le droit international jusqu'au 20^e siècle était d'abord *interétatique*, et une nouvelle institution politique doit prendre la place (vide) de l'État pour qu'un nouveau droit international conséquent puisse s'imposer. La théorie des grands espaces est pour Schmitt une tentative de reconstruire spatialement l'ordre mondial, par opposition à un droit international qui n'en serait que la « superstructure¹⁶³ ». À l'inverse, le projet d'unité politique du monde est fondé sur la prémisse erronée de pouvoir produire cette unité par la « technique »¹⁶⁴, tel que nous l'avons exposé à la section précédente (*Le politique*). Le droit international qui s'en dégagerait serait strictement normativiste, c'est-à-dire incapable d'intégrer l'état d'exception et indépendant des véritables institutions génératrices d'ordre concret.

Critique de la guerre discriminatoire

L'aspect le plus préoccupant de ce droit international universaliste et normativiste est que l'idée d'une « humanité unie » permet le passage au concept de guerre discriminatoire. Au jugement de Schmitt, le point de départ de ce changement conceptuel se situe dans la déclaration du Président Wilson lors de l'entrée en guerre des États-Unis contre l'Allemagne le 2 avril 1917¹⁶⁵. Schmitt perçoit la Société des Nations comme un « système de

¹⁶² Koskeniemmi, *The Gentle Civilizer of Nations*, p. 421, citant l'article de Carl Schmitt « Grossraum gegen Universalismus », *Positionen und Begriffe*, p. 299-301.

¹⁶³ Emmanuel Pasquier, *De Genève à Nuremberg* (Paris : Classiques Garnier, 2012) p. 29.

¹⁶⁴ Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt ?*, p. 237.

¹⁶⁵ Le discours de Wilson contient des passages tels que « It is a war against all nations » et « The challenge is to all mankind ». Woodrow Wilson, *War Messages*, 65th Cong., 1st Sess. Senate Doc. No. 5, Serial No. 7264, Washington, D.C., 1917; pp. 3-8

légalisation¹⁶⁶ » qui cherche à transformer en droit positif un idéal normatif d'unification politique du monde, dont la nature et les conditions sont précisées unilatéralement par quelques grandes puissances. Autrement dit, les juristes universalistes considèrent que leur conception du juste est universelle, ou qu'elle peut être imposée comme telle. Cette approche dichotomique suscite un regroupement politique entre « l'humanité » et ses ennemis, qui s'accompagne d'un jugement moral de l'ennemi. Par le fait qu'il ne partage pas la conception du juste tenue pour universelle, l'ennemi est jugé responsable des conflits qui découlent de cette divergence, il est seul responsable de la pérennité du politique et ultimement, de la guerre. Sur la base de ce jugement moral, les universalistes se croient autorisés à éliminer leur ennemi. En effet, la discrimination de l'ennemi suppose la prétention quasi théologique de détenir la vérité sur le juste, ce qui cadre mal avec la « raison relative » d'une guerre en forme. Il n'est donc pas anodin que le retour à la doctrine de la guerre juste se soit réalisé par un emploi des thèses d'un théologien du droit des gens du Moyen-Âge chrétien (Vitoria).

Deux auteurs sont crédités par Schmitt pour l'avancement de l'idée d'un ordre mondial universel : George Scelle et Hersch Lauterpacht. Les différentes traditions constitutionnelles dans lesquelles ces juristes s'inscrivent génèrent des différences significatives dans la manière dont chacun d'eux envisage la constitutionnalisation de l'ordre international¹⁶⁷. Le Français Scelle classe les traités internationaux comme des actes législatifs, des « traités-loi » par lesquels le problème de la législation internationale est résolu. Par une sorte de « dédoublement fonctionnel¹⁶⁸ », l'État reçoit sa compétence (nationale) de l'ordre international qu'il contribue à instituer. Le Britannique Lauterpacht, fidèle à la tradition anglo-

¹⁶⁶ Schmitt, « Le passage au concept de guerre discriminatoire », p. 78.

¹⁶⁷ Ibid., p. 86, note 21.

¹⁶⁸ Ibid., p. 93.

saxonne de droit judiciaire, assure la prééminence du droit international sur l'État par l'institution d'un juge international, plutôt que d'un législateur abstrait. Dans les deux cas, le résultat est le même : le droit international est un « ensemble normatif dépourvu de lacunes », auquel préside « une communauté juridique internationale juridiquement démontrable¹⁶⁹ ». Dans ces deux systèmes, aucune place n'est réservée à la guerre comme prérogative de l'État souverain et comme mode juridiquement reconnu de règlement des conflits.

Ces passages font mal paraître la position réactionnaire de Schmitt : comment être contre la paix, contre l'unification politique croissante du genre humain ? Schmitt répond en juriste réaliste : il ne s'oppose pas à la paix universelle, mais plutôt au « dépassement de la contradiction manifeste entre réalité actuelle et construction universaliste par une profession de foi en un progrès œcuménique¹⁷⁰ ». Autrement dit, les célèbres juristes confondent *lex lata* et *lex ferenda*, et rejettent le droit « reçu » au profit d'un idéal juridique à réaliser. Cette position n'est pas conforme à la science juridique telle que l'entend Schmitt : le juriste doit interpréter et systématiser l'ordre juridique émanant des différentes institutions, et non discriminer le droit en fonction de sa conformité avec un idéal normatif abstrait. Le droit repose sur un ordre concret, il est donc nécessairement « orientée au *statu quo*¹⁷¹ » ; à l'inverse, le nouveau droit international s'inscrit dans « l'état perpétuellement révolutionnaire » décrit par Hauriou¹⁷² et constitue « une doctrine du droit en devenir¹⁷³. »

Par ailleurs, l'abolition de la guerre en forme, qui va de pair avec l'unification politique du monde, ne supprime pas le phénomène de la guerre, mais elle prive la communauté

¹⁶⁹ Ibid., p. 96.

¹⁷⁰ Ibid., p.100, note 71.

¹⁷¹ Ibid., p. 84.

¹⁷² Supra note 117, p. 41.

¹⁷³ Schmitt, « Le passage au concept de guerre discriminatoire », p. 84.

internationale de la capacité de parler juridiquement de la guerre. Pour Schmitt, il est illusoire de voir dans ce recul de la science juridique une avancée de la paix. Toute la finesse de la thèse de Schmitt réside dans cette observation que le projet d'un État mondial ou d'un État de droit supranational tend à « dénationaliser » la guerre et à criminaliser celui contre qui elle est menée.

« Dès que le droit international distingue à travers des catégories supra-étatiques (c'est-à-dire avec effet contraignant pour des États tiers) entre guerres justifiées et injustifiées, l'action armée s'analyse d'un côté comme réalisation du droit, exécution, sanction, voire acte de justice ou police internationale ; tandis que de l'autre, elle constituera une résistance contre un procédé légal, une rébellion ou un crime, c'est-à-dire quelque chose de bien différent de l'institution traditionnelle de la 'guerre'.¹⁷⁴ »

Trois types de guerres sont alors possibles : les sanctions internationales, la guerre licite et la guerre illicite. En réalité, les deux dernières catégories tombent en désuétude dès lors que la guerre licite se pare du langage neutre et univoque des sanctions. C'est donc l'institution même de guerre, avec les limitations et les procédures juridiques qu'elle comportait, qui est abolie par le passage au concept de guerre discriminatoire. Il y a un lien entre l'absence d'un nouveau *nomos* (ou à tout le moins de sa systématisation par la science juridique) et la vacuité du concept contemporain de guerre, vide de sens sans une « doctrine de localisation des concepts¹⁷⁵ ». En effet, la guerre est une institution juridique qui doit s'inscrire dans un ordre institutionnel précis.

Ces considérations amènent Schmitt à s'intéresser à l'évolution du concept de guerre en droit international. Historiquement, la guerre juste, ou *bellum justum*, était une institution du droit des gens du Moyen-Âge chrétien. Cet ordre juridique était caractérisé par l'autorité universelle de l'institution de l'Église catholique, dont l'acceptation par toutes les puissances

¹⁷⁴ Ibid., p. 112.

¹⁷⁵ Ibid., p. 83.

européennes servait de base à l'édification du droit des gens. Sur le plan spatial, le *nomos* de la *respublica christiana* faisait une distinction entre le sol des princes chrétiens et celui des païens, auxquels correspondaient des régimes juridiques particuliers. L'auteur clé de ce droit des gens, le théologien Francisco Vitoria, soutenait que la guerre était formellement juste lorsqu'elle était livrée en vertu d'un mandat papal. Sur les terres des mécréants, la mission chrétienne d'évangélisation justifiait les guerres de conquête ; sur les terres des princes chrétiens, la guerre était un moyen d'exécuter une prétention juridique, et elle était jugée à travers son résultat. Entre princes chrétiens, certaines pratiques étaient abolies, notamment par le Concile du Latran, ce qui permet à Schmitt d'affirmer que la connexion entre guerre juste et guerre totale était perceptible dès l'année 1139¹⁷⁶.

Schmitt observe qu'à la fin du 19^e siècle, deux juristes se sont réapproprié les thèses de Vitoria, en négligeant toutefois l'assise institutionnelle du concept de *bellum justum*. En effet, le droit des gens interétatique du *jus publicum europeum* avait opéré une séparation nette entre l'autorité de l'Église et celle de l'État, privant la guerre juste de sa justification spirituelle. La science juridique s'était autonomisée de la théologie, permettant le passage à la guerre en forme et à l'institution du *justus hostis* comme concept clé du droit de la guerre, au détriment de la *justa causa*. C'est ainsi que les modernes se sont doublement dissociés des thèses de Vitoria, d'une manière qui marque le passage à un nouvel ordre concret.

Contre la revitalisation du concept de guerre juste par des auteurs comme Ernest Nye et James Brown Scott, Schmitt insiste sur le caractère historiquement spécifique et révolu de cette guerre. En l'absence d'une autorité spirituelle reconnue par toutes les grandes puissances, la question de la justice formelle et unilatérale de la guerre est insoluble. Quant à

¹⁷⁶ Schmitt, *Le nomos de la Terre*, p. 142.

la justice matérielle du motif de belligérance, la complexité des conflits internationaux rend illusoire la détermination d'une responsabilité unique. Par ailleurs, Schmitt souligne que le droit de la guerre contemporaine criminalise la guerre d'agression, ce que ne faisait pas le droit de la guerre du moyen-âge chrétien. Pour tous ces motifs, il est inutile de revenir à la *bellum justum* du droit des gens du Moyen-Âge chrétien pour trouver le fondement juridique de la guerre juste contemporaine. Le emploi au 20^e siècle des thèses d'un théologien espagnol du Moyen-Âge chrétien est anachronique.

Au-delà de l'argument historique, Schmitt soutient en substance que l'autonomisation de la science du droit envers la théologie était un accomplissement extraordinaire puisqu'il permettait une approche strictement juridique de la guerre. La guerre s'en trouvait circonscrite, limitée et localisée. À l'inverse, la moralisation contemporaine du droit international permet le retour au concept de guerre juste, c'est-à-dire à la guerre discriminatoire, totale et sans limites. Lorsque l'ennemi est défini en termes moraux, la logique de la guerre conduit à son anéantissement.

À la fin du *nomos de la Terre*, Schmitt constate que le passage au concept de guerre discriminatoire s'est cristallisé en droit international avec le traité de Versailles de 1919 et le Protocole de Genève de 1924. Dans le premier cas, la responsabilité juridique de la Première Guerre mondiale est placée unilatéralement sur les épaules de l'ancien empereur Guillaume II par l'article 227 du traité de paix. Cette situation était inédite à plusieurs égards. D'abord, ce n'est pas l'État allemand qui était accusé, ni les membres du gouvernement, mais plutôt l'ancien chef de l'État en son nom personnel, alors que seuls les États avaient la personnalité juridique en droit international public. De plus, le droit international ne reconnaissait pas la juridiction d'un État sur un autre État souverain. Quant à l'accusation comme telle, elle se

fondait sur un renvoi à la morale universelle et la politique internationale, sans référence au droit international, ce qui, d'un point de vue juridique, constitue une indétermination incompatible avec le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en vertu duquel un accusé ne saurait être trouvé coupable d'un acte qui n'était pas un crime au moment de sa commission. Réfugié en Hollande, l'ancien empereur a évité la condamnation. Il n'empêche que la criminalisation rétroactive de la guerre d'agression constitue une négation insurmontable de l'égalité des ennemis de droit public, sur la base d'une moralisation du droit international.

Même s'il n'a jamais été ratifié par les grandes puissances européennes, le Protocole de Genève en 1924 constitue le premier traité criminalisant l'agression en droit international. Schmitt met en évidence la difficulté de définir les conditions d'une responsabilité unilatérale pour un phénomène généralement bilatéral. Les concepts d'agression, d'attaque et de défense sont toujours déterminés « en situation¹⁷⁷ », si bien que l'identification de l'agresseur par des termes généraux est hasardeuse. Devant la nécessité de trouver un critère de différenciation entre guerres justes et injustes, il est apparu aux juristes universalistes que la notion de l'agression constituait une assise plus solide que la justice matérielle de la guerre au sens large, qui impliquerait un débat historico-sociologico-moral d'une complexité insurmontable. Dans le *jus publicum europeum*, il revenait à l'État souverain de décider, au cas par cas, de la justice matérielle de la guerre. En criminalisant l'acte d'agression, les juristes universalistes pensent s'attaquer à la racine du problème et couper court à tout acte de belligérance. En réalité, il est tout aussi hasardeux de définir l'acte d'agression en termes généraux, ce qui laisse une marge de manœuvre considérable aux États les plus forts, qui

¹⁷⁷ Schmitt, *Le nomos de la Terre*, p. 272.

nommeront « agression » des petits États la résistance à leur pratique impérialiste, et « sanctions » leur réponse militaire.

La limitation de la guerre devait se réaliser par une dissociation entre l'agression et la justice matérielle de la guerre. Or Schmitt avance que l'échec du Protocole de Genève s'explique par ce refus d'aborder la question de la justice matérielle de la guerre, les grandes puissances européennes n'étant pas prêtes à renoncer à leur droit de statuer sur leur *jus ad bellum*. Au final, ce sont les États-Unis qui réussirent à imposer une interdiction du recours à la guerre comme moyen de politique internationale, d'abord par le Pacte Briand-Kellogg de 1928 et ensuite par le Statut de Londres de 1945.

En somme, Schmitt met les juristes universalistes en garde : le passage de l'état actuel du droit international à celui d'une « institutionnalisation universelle et œcuménique¹⁷⁸ » du droit international implique une intensification de la guerre en « guerre totale ». Dans leurs commentaires du « droit à venir », les juristes universalistes négligent cette étape pourtant incontournable. Schmitt craint également que la désétatisation de la guerre et la criminalisation de l'ennemi ne réintroduisent la guerre civile à l'intérieur de l'État en légitimant l'opposition entre les dirigeants jugés criminellement responsables et leurs partisans, d'une part, et la population innocente eu égard au motif de la guerre-sanction d'autre part.

Schmitt juge que l'interdiction du recours à la guerre réintroduit un concept de guerre juste discriminatoire qui aboutit à la guerre totale. La criminalisation de l'agresseur néglige la cause matérielle du recours à la guerre, en vertu de laquelle l'agresseur peut être dans son bon droit. En effet, aucune notion transhistorique ou transculturelle de justice ne peut fonder

¹⁷⁸ Schmitt, « Le passage au concept de guerre discriminatoire », p. 119.

la prétention de livrer une guerre objectivement juste¹⁷⁹ ni servir de base au jugement de la décision d'un État de faire la guerre. Pour cette raison, la décision sur la justice de la guerre est un attribut de la souveraineté, ce qui doit être reconnu juridiquement. À défaut, les États puissants peuvent multiplier les manœuvres de domination indirecte, auxquelles la réponse par les armes place immédiatement les coupables hors la loi, et justifie l'imposition de sanctions militaires contre eux. Ce rapport entre un État policier et un État criminel est incompatible avec l'équité qui caractérise les rapports entre États officiellement souverains.

En somme, le droit international universaliste est incapable de circonscrire juridiquement la guerre comme le faisait le *jus publicum europeum*. L'interdiction de la guerre et la criminalisation de l'ennemi constituent une moralisation du droit qui justifie la suspension des règles du droit de la guerre à l'égard de l'ennemi et rend impossible l'existence d'États neutres. Chaque guerre juste ayant comme point de départ la sanction d'un crime, les États tiers membres de la communauté internationale ne peuvent s'abstenir de prendre position en faveur de la sanction, ce qui confère à chaque conflit un caractère mondial. Telle est la mise en garde de Schmitt : la moralisation du droit international élimine les institutions juridiques qui circonscrivent la guerre.

¹⁷⁹ Gabriella Slomp, « Carl Schmitt's five arguments against the Idea of Just War », *Cambridge Review of International Affairs* 19.3 (2006).

Remarques conclusives : l'actualité de Carl Schmitt

Au cours des deux chapitres précédents, nous avons cherché à percer « l'énigme Carl Schmitt » en nous demandant ce qui fait l'intérêt de cet auteur controversé. Notre but était de voir en quoi l'œuvre de Carl Schmitt pouvait constituer une lecture pertinente pour qui veut penser ensemble le droit et le politique. Nous avons soutenu que la pertinence de Schmitt résidait dans le défi renouvelé que représentaient son antinormativisme et sa critique de l'universalisme pour la théorie politique et la science juridique.

Nous avons constaté que la pensée juridique du juriste allemand était cohérente, en dépit des inflexions majeures que subit sa théorie du droit. Du décisionnisme à l'institutionnalisme, il y a ce souci de rattacher le droit à l'ordre, qu'il soit institué ou reçu, par opposition au « mode de l'édiction » d'une pratique législative toujours prête à repartir à neuf, au gré du sentiment populaire immédiat et des querelles de partis. Le motif de l'antinormativisme schmittien réside dans un affect réactionnaire, un souci de préserver les institutions juridiques « reçues » et l'ordre concret qu'elles supportent contre les « édictions déstructurantes¹⁸⁰ » du normativisme. La doctrine décisionniste permet de mettre en lumière la valeur épistémologique de la situation d'exception, qui dévoile l'incapacité de la norme de prévoir les conditions de sa propre suspension. Le droit positif repose en dernière analyse sur un volontarisme politique que l'approche normativiste cherche en vain à occulter.

Pour mieux s'opposer à la logique techniciste du normativisme, nous avons vu que Schmitt s'est tourné vers la pensée juridique de l'ordre concret, une théorie institutionnaliste dans laquelle le juriste occupe le rôle pivot d'interpréter et de systématiser le droit issu des

¹⁸⁰ Schmitt, « La situation de la science européenne du droit », p. 138.

institutions traditionnelles et de l'esprit du peuple. La décision politique souveraine, tout comme la décision judiciaire, est intégrée dans cet ordre concret qui lui préexiste et auquel elle participe tout à la fois. Il y a dans la théorie juridique schmittienne une mise en garde contre le nihilisme inhérent au principe révolutionnaire animant le normativisme, et une défense de l'autonomie de la science juridique qui, plutôt que d'être l'instrument du « législateur motorisé », est elle-même source du droit par son travail interprétatif ainsi que sa systématisation du droit des institutions et de la raison objective de la loi.

De la même manière, Schmitt plaide pour un droit international substantiel, ancré dans un partage concret du territoire et soutenu par des corps politiques souverains entretenant entre eux des rapports juridiques correspondant à la réalité de leurs rapports politiques. Le principe des institutions juridiques du droit international, comme la guerre en forme, le *justus hostis* et le statut d'État ou de Grande Puissance, doit être défendu contre l'universalisme irénique d'un droit international abstrait. Schmitt initie une réflexion sur la nouvelle configuration du politique, de manière à reconstruire spatialement l'ordre mondial et ainsi asseoir le droit international sur un ordre concret substantiel. Sans ce lien entre l'équilibre concret et l'ensemble des règles qui constituent le droit international, aucune stabilité n'est acquise.

Schmitt met les juristes contemporains en garde contre la tentation de voir dans l'interdiction de la guerre un progrès en vue d'un droit international universel et apolitique. Il en résulte au contraire une multiplication des moyens indirects de domination politique, et une intensification de la guerre désormais comprise comme la sanction d'un agresseur criminel. La moralisation du droit constitue une régression pour la science juridique, une perte d'autonomie qui l'empêche d'aborder juridiquement la question de la guerre. Schmitt

postule l'inéluctabilité du politique, et avec elle la nécessité de maintenir des garde-fous institutionnels pour préserver « les principes nécessaires à une existence humaine rationnelle et ordonnée¹⁸¹ ». Aujourd'hui plus que jamais, dit Schmitt, la science juridique doit défendre sa spécificité contre la morale et l'esprit techniciste.

En somme, la pertinence de Carl Schmitt aujourd'hui réside surtout dans sa mise en forme du rapport entre droit et politique. Pour quiconque s'intéresse aux problèmes de la légalité, de la légitimité, de la souveraineté, de l'universalisme et de la guerre juste, Schmitt est un passage obligé, un auteur qui permet de penser les bonnes questions. Il faut « partir » de Carl Schmitt, comme le dit Jean-François Kervégan, ce qui implique également de prendre congé de l'auteur après avoir assimilé les interrogations et les « flash conceptuels¹⁸² » que nous transmet la lecture de son oeuvre.

¹⁸¹ Id.

¹⁸² Robert Kolb, présentation de *La question clé de la Société des Nations* et *Le passage au concept de guerre discriminatoire* (Paris : Éditions A. Pedone, 2009).

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages de Carl Schmitt:

- Schmitt, Carl. 1985. *Political Theology*. Chicago : University of Chicago Press.
- Schmitt, Carl. 1988. *Parlementarisme et démocratie*. Paris : Éditions du Seuil.
- Schmitt, Carl. 1990. « *Légalité et légitimité* » et autres essais. Puiseaux : Pardès.
- Schmitt, Carl. 1992. *La notion de politique*. Paris : Flammarion.
- Schmitt, Carl. 1992. *La théorie du partisan*. Paris : Flammarion.
- Schmitt, Carl. 1993. *Théorie de la constitution*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Schmitt, Carl. 1995. *Les trois types de pensée juridique*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Schmitt, Carl. 2000. *La dictature*. Paris : Seuil.
- Schmitt, Carl. 2001. *Le nomos de la Terre*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Schmitt, Carl. 2002. *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*. Paris : Éditions du Seuil.
- Schmitt, Carl. 2003. *La valeur de l'État et la signification de l'individu*. Genève : Librairie Droz.
- Schmitt, Carl. 2008. *La tirannia dei valori*. Milano : Adelphi Edizioni.
- Schmitt, Carl. 2009. *La question clé de la Société des Nations*. Paris : Éditions A. Pedone.
- Schmitt, Carl. 2009. *Le passage au concept de guerre discriminatoire*. Paris : Éditions A. Pedone.

Article de Carl Schmitt

- Schmitt, Carl. 1991. « La situation de la science européenne du droit ». *Droits* 14 : 126-140.

Ouvrages secondaires :

- Balakrishnan, Gopal. 2006. *L'ennemi. Un portrait intellectuel de Carl Schmitt*. Paris : Éditions Amsterdam.
- Baume, Sandrine. 2008. *Carl Schmitt, penseur de l'État*. Paris : Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques.
- Campagna, Norbert. 2004. *Le droit, le politique et la guerre. Deux chapitres sur la doctrine de Carl Schmitt*. Québec : Les Presses de l'Université Laval.
- Alfred Dufour. 2003. *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, Bruxelles : Bruylant.
- Dyzenhaus, David. 1997. *Legality and Legitimacy*. Oxford : Oxford University Press.
- Dyzenhaus, David, dir. 1998. *Law as Politics*. Durham : Duke University Press.
- Fassbender, Bardo et Anne Peters, dir. 2012. *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Gros, Frédéric. 2006. *États de violence*. Paris : Éditions Gallimard.
- Habermas, Jürgen. 2006. « Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance ? ». Dans *The Divided West*. Cambridge: Polity.
- Hauriou, Maurice. 1910. *Principes de droit public*. Paris : Sirey.
- Hauriou, Maurice. 1933. *Précis de droit administratif*. Paris : Sirey.
- Jennings, W. Ivor. 1933. « The Institutional Theory ». Dans Ivor Jennings, dir., *Modern Theories of Law*. Oxford : Oxford University Press, p. 68-85.
- Kalshoven, Frits et Liesbeth Zegveld. 2011. *Constraints on the Waging of War*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Kervégan, Jean-François. 2005. *Hegel, Carl Schmitt, le politique entre spéculation et positivité*. Paris : Presses universitaires de France.
- Kervégan, Jean-François. 2011. *Que faire de Carl Schmitt*. Paris : Éditions Gallimard.
- Koskenniemi, Martti. 2001. *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Manent, Pierre. 1987. *Histoire intellectuelle du libéralisme*. Paris : Clamann-Lévy.

- Manin, Bernard. 2003. « Libéralisme et puissance de l'État : la critique manquée de Carl Schmitt ». Dans in Pierre Favres, dir., *Être gouverné. Études en l'honneur de Jean Leca*. Paris : Presses de Science Po, p. 149-162.
- Meier, Heinrich. 1995. *Carl Schmitt and Leo Strauss: The Hidden Dialogue*. Chicago: University of Chicago Press.
- Mouffe, Chantal, dir. 1999. *The Challenge of Carl Schmitt*. London : Verso.
- Müller, Jan-Werner. 2007. *Carl Schmitt, un esprit dangereux*. Paris : Armand Colin.
- Ojakangas, Mika. 2006. *A Philosophy of Concrete Life*. Bern : Peter Lang.
- Pasquier, Emmanuel. 2012. *De Genève à Nuremberg. Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*. Paris : Classiques Garnier.
- Rasch, William. 2004. *Sovereignty and its Discontents*. Londres : Birbeck Law Press.
- Scheuerman, William E. 1999. *Carl Schmitt. The End of Law*. Oxford : Rowman & Littlefield Publishers.
- Schwab, George. 1970. *The Challenge of the Exception*. Berlin : Duncker & Humblot.
- Simard, Augustin. 2009. *La loi désarmée. Carl Schmitt et la controverse légalité/légitimité sous la république de Weimar*. Québec : Les Presses de l'Université Laval.
- Taubes, Jacob. 2003. *En divergeant accord. À propos de Carl Schmitt*. Paris : Éditions Payot et Rivages.
- Zarka, Yves Charles. 2009. *Carl Schmitt ou le mythe du politique*. Paris : Presses Universitaires de France.

Articles de périodiques

- Augsberg, Ino. 2010. « Carl Schmitt's Fear : Nomos – Norm – Network ». *Leiden Journal of International Law* 23 (no 4) : 741-757.
- Brunkhorst, Hauke. 2004. « The Right to War : Hegemonial Geopolitics or Civic Constitutionalism ? ». *Constellations* 11 (no 4) : 512-526.
- Chandler, David. 2008. « The Revival of Carl Schmitt in International Relations : The Last Refuge of Critical Theorists ? ». *Millenium : Journal of International Studies* 37 (no 1) : 27-48.
- Colliot-Thélène, Catherine. 2004. « Carl Schmitt à l'index ? ». *Le Débat* (no 131) : 128-137.

- Duso, Giuseppe. 2004. « Pourquoi Carl Schmitt ? ». *Le Débat* (no 131) : 138-146.
- Dyzenhaus, David. 2005. « Schmitt v. Dicey : Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order ? ». *Cardozo Law Review* 27 (no 5) : 2005-2039.
- Habermas, Jürgen. 2012. « L'Europe paralysée d'effroi - la crise de l'Union européenne à la lumière d'une constitutionnalisation du droit international public ». *Cités* 49 (no 1) : 131-146.
- Hauriou, Maurice. 1918. « An Interpretation of the Principles of Public Law ». *Harvard Law Review* 31 (no 6) : 813-821.
- Hauriou, Maurice. 1928. « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes ». *Revue de Métaphysique et de Morale* 35 (no 2) : 193-206.
- Kervégan, Jean-François. 1995. « L'enjeu d'une 'théologie politique' : Carl Schmitt ». *Revue de Métaphysique et de Morale* (no 2) : 201-220.
- Kervégan, Jean-François. 2004. « Carl Schmitt et 'l'unité du monde' ». *Les Études philosophiques* (no 1) : 3-23.
- Kervégan, Jean-François. 2004. « Questions sur Carl Schmitt ». *Le Débat* (no 131) : 147-159.
- Kingsbury, Krisch, et Stewart. 2005. « The Emergence of Global Administrative Law ». *Law and Contemporary Problems* 68 (no 3).
- Koskenniemi, Martti. 2004. « International Law as Political Theology : How to Read *Nomos der Erde* ? ». *Constellations* 11 (no 4) : 492-511.
- Krisch, Nico. 2005. « Europe's constitutional monstrosity ». *Oxford Journal of Legal Studies* 25 (no 2) : 321-334.
- Lanchester, Fulco. 1983. « Un giurista davanti a se stesso ». *Quaderni Costituzionali* 3 (no 1) : 5-34.
- Monod, Jean-Claude. 2004. « La déstabilisation humanitaire du droit international et le retour de la 'guerre juste' : une lecture critique du *Nomos de la Terre* ». *Les études philosophiques* 68 (no 1) : 39-56.
- Monod, Jean-Claude. 2008. « La critique schmittienne de l'impérialisme et ses présupposés ». *Critique* 11 : 841-851.
- Mouffe, Chantal. 2003. « Le politique et la dynamique des passions ». *Politiques et Sociétés* 22 (no 3) : 143-154.

- Odysseos, Louiza. 2009. « Humanité, hostilité et ouverture de l'ordre politique dans la pensée internationale de Carl Schmitt ». *Études internationales* 40 (no 1) : 73-93.
- Pasquier, Emmanuel. 2009. « Carl Schmitt et la circonscription de la guerre : le problème de la mesure dans la doctrine des 'grands espaces' ». *Études internationales* 40 (no 1) : 55-52.
- Raynaud, Philippe. 2004. « Que faire de Carl Schmitt ? ». *Le Débat* (no 131) : 160-167.
- Slomp, Gabriella. 2006. « Carl Schmitt's Five Arguments against the Idea of Just War ». *Cambridge Review of International Affairs* 19 (no 3) : 435-447.
- Stirk, Peter M.R.. 2009. « Et l'ère de l'État touche à sa fin : Carl Schmitt et la conceptualisation des changements d'époque historique en relations internationales ». *Études internationales* 40 (no 1) : 37-54.
- Zarmanian, Thalin. 2006. « Carl Schmitt and the Problem of Legal Order : From Domestic to International ». *Leiden Journal of International Law* 19 : 41-67.